This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

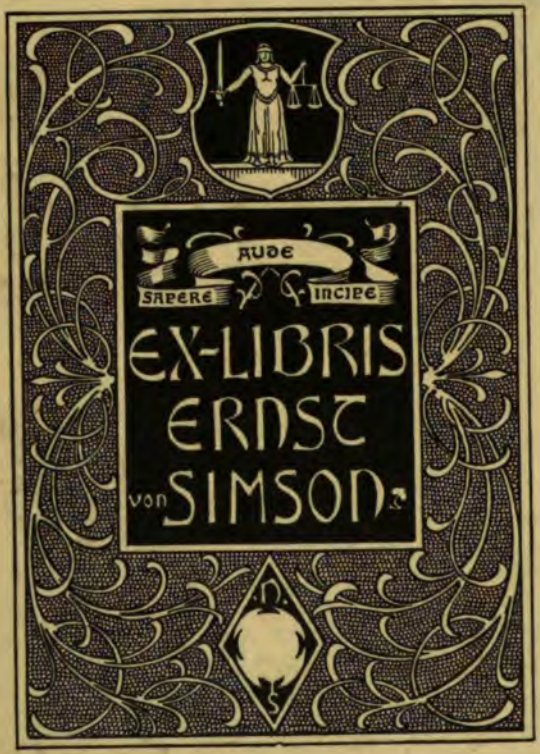
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`



Digitized by Google

S 23948 ПII
2 Bde 7.

Digitized by Google

GERMANY & Ernst v. Simson

Lehrbuch

des

Bürgerlichen Rechtes

von

Dr. Bernhard Matthiaß,
Professor an der Universität Rostock.

Erster Band:

Die allgemeinen Lehren und das Recht der Schuldverhältnisse.

Vierte, mit der dritten übereinstimmende Auflage.

Berlin.
Verlag von O. Häring.
1900.

Digitized by Google

MAR 9 1929
3/7/29

Digitized by Google

Vorwort zur ersten und zweiten Auflage.

In dem vorliegenden Lehrbuch ist dem nächsten und allgemeinen Bedürfnisse entsprechend das Hauptgewicht auf eine kurze und möglichst vollständige Darstellung des neuen Rechtes und auf den Nachweis der wichtigsten Litteratur gelegt worden. Daß auch bei dieser Begrenzung des Zieles das Erreichte hinter den zu stellenden Ansprüchen erheblich zurückbleibt, verhehle ich mir nicht. Man wird es als Mangel empfinden, daß die Darstellung noch zu vorsichtig an den Einzelvorschriften des Gesetzes haftet. Eine wirklich instruktive Zusammenfassung und Vereinfachung muß aber auf breiter Einzelforschung fußen können. Aehnliche Schwierigkeiten haben mich von ausgedehnterer Heranziehung der geschichtlichen Anknüpfungspunkte Abstand nehmen lassen. Kurze Verweisungen auf das bisher geltende Recht sind m. E. nahezu werthlos und mehr geeignet, den Studirenden, an den sich das Lehrbuch in erster Linie wendet, zu verwirren als zu fördern. Nothwendig wäre es, die Grundgedanken des bisherigen Rechtes, und zwar nicht nur die des römischen und gemeinen Rechtes, im neuen Rechte zu verfolgen. Verzichtet habe ich ferner auf eine ausgedehnte Unterstützung der Darstellung durch ausführliche Kasuistik, nicht nur mit Rücksicht auf den mir zur Verfügung stehenden Raum, sondern weil ich die nähere Ausführung und Veranschaulichung als die vornehmste Aufgabe des Rechtsunterrichtes betrachte, in der ihn das Lehrbuch gar nicht vertreten kann.

Meinen aufrichtigsten Dank spreche ich Herrn Referendar Dr. Zschimmer aus, der mich bei der Drucklegung und durch die Anfertigung des Registers mit freundschaftlicher Bereitwilligkeit unterstützt hat.

Rostock, den 1. März 1899.

Matthiaß.

Digitized by Google

Vorwort zur dritten Auflage.

In der vorliegenden neuen Auflage bin ich in erster Linie bemüht gewesen, die massenhafte und zum Theil sehr gehaltvolle Litteratur des neuen Rechtes für die Darstellung zu verwerthen, soweit es nach dem Fortschreiten des Druckes möglich war. Unerläßlich war ferner der Hinweis auf die Bestimmungen der Ausführungsgesetze. Im Uebrigen ist die Anlage des Buches im Ganzen unverändert geblieben. Auch die Litteraturangaben habe ich noch in unveränderter Weise beibehalten. Soweit diese Litteratur der Entstehungszeit des Gesetzes angehört, trägt sie zwar zum unmittelbaren Verständniß des Gesetzes weniger bei, wird aber für die Entstehungsgeschichte des Gesetzes und die weitere Entwicklung unseres Rechtes von dauerndem Werthe bleiben. Eine ausgedehntere Berücksichtigung der geschichtlichen Grundlagen des neuen Rechtes mußte ich zurückstellen, weil es mir in der Kürze der Zeit nicht möglich war, dieser Aufgabe so, wie ich sie auffasse, für alle Theile des Systemes gleichmäßig zu genügen. Nirgends liegt m. E. die Gefahr, den jungen Juristen mit einem Stoffe, den er nicht zu beherrschen vermag, zu überlasten oder ihn durch Einseitigkeit in irrige Vorstellungen zu leiten, so nahe wie hier.

Bei der Verbesserung der Fehler und Versehen in meiner Arbeit bin ich durch sachkundigen Rath von Fachgenossen in mir sehr willkommener Weise unterstützt worden. Besonders hat Herr Referendar Walsmann in Rostock durch seine aufopfernde Mitarbeit bei der Revision der Materialien und der neu erschienenen Litteratur und durch die Herstellung des Sach- und Quellenregisters meine Arbeit gefördert. Es ist mir ein Bedürfniß, auch an dieser Stelle für die freundliche Theilnahme und Hülfe aufrichtigst zu danken.

Rostock, den 9. März 1900.

Matthiaß.

Digitized by Google

Inhaltsverzeichniß.

Einleitung. Die Entwicklung des bürgerlichen Rechtes in Deutschland.

Seite

§ 1. Die Entwicklung bis zum Abschlusse der Rezeption . . . . . 1— 4
§ 2. Von der Rezeption bis zur Reichsgründung . . . . . 4— 7
§ 3. Die Reichsgesetzgebung und das Bürgerliche Gesetzbuch . . . . 7—14

Erstes Buch. Allgemeine Lehren.

I. Abschnitt. Die Lehre von den Rechtsvorschriften.

§ 4. Die Rechtsvorschriften im Allgemeinen . . . . . 15—18
§ 5. Die Entstehung der Rechtsvorschriften. a. Das Gesetz . . . 18—20
§ 6. b. Das Gewohnheitsrecht . . . . . 20—23
§ 7. Die Verschiedenheit der Rechtsvorschriften. a. Herkunft, Quelle und Geltungsgebiet der Rechtsvorschriften . . . . . 24—26
§ 8. b. Formulirung und Inhalt der Rechtssätze . . . . . 27—28
§ 9. c. Oeffentliches und bürgerliches Recht . . . . . 28—30
§ 10. d. Rechtsvorschrift und Parteiwille . . . . . 30—31
§ 11. e. Rechtsvorschrift und Gerechtigkeit . . . . . 31—33
§ 12. Die Rechtsanwendung und die Rechtsauslegung . . . . . 33—37
§ 13. Das zeitliche Herrschaftsgebiet der Privatrechtsvorschriften . . 37—41
§ 14. Die Rückwirkung im Bürgerlichen Gesetzbuch . . . . . 41—52
§ 15. Das sachliche Herrschaftsgebiet der Privatrechtsvorschriften . . 52—57
§ 16. Die Kollisionsvorschriften des BGB. im Einzelnen . . . . . 57—64

II. Abschnitt. Die Lehre vom subjektiven Recht.

§ 17. Das subjektive Recht und seine Arten . . . . . 65—70

III. Abschnitt. Die Lehre vom Rechtssubjekt.

1. Kapitel. Das natürliche Rechtssubjekt.

§ 18. Der Mensch als Rechtssubjekt . . . . . 71—73
§ 19. Der Beweis von Geburt und Tod . . . . . 73—75
§ 20. Die Todesvermuthung . . . . . 75—81
§ 21. Die Lebensvermuthung . . . . . 81—83
§ 22. Die Vermuthung des gleichzeitigen Todes 83

Digitized by Google

Seite

2. Kapitel. Die Eigenschaften, Beziehungen und Zustände der Menschen.

§ 23. Natürliche Zustände . . . . . 84— 91
§ 24. Sittliche Zustände . . . . . 91— 95
§ 25. Rechtliche Situation . . . . . 96—100
§ 26. Wohnsitz . . . . . 100—104

3. Kapitel. Die juristischen Personen.

§ 27. Begriff und Arten der juristischen Personen . . . . . 104—109
§ 28. A. Die Vereine. 1. Der Erwerb der Rechtsfähigkeit . . . 109—112
§ 29. 2. Die Rechtsfähigkeit der Vereine 113
§ 30. 3. Die Vereinsverfassung. Der Vorstand . . . . . 114—118
§ 31. 4. Mitgliedschaft und Mitgliederversammlung . . . . . 118—122
§ 32. 5. Auflösung der Vereine und Schicksal des Vermögens . . 122—127
§ 33. Die nicht rechtsfähigen Vereine . . . . . 128—132
§ 34. B. Die Stiftungen und Anstalten . . . . . 132—138
§ 35. Die nicht rechtsfähigen Stiftungen . . . . . 138—140
§ 36. Juristische Personen des öffentlichen Rechtes . . . . . 140—142

IV. Abschnitt. Die Lehre von den Sachen.

§ 37. Der Gegenstand der Rechte. Die Sache . . . . . 143—148
§ 38. Die Rechts- und Verkehrsfähigkeit der Sachen . . . . . 148—149
§ 39. Rechtlich bedeutsame Unterschiede der Sachen. 1. Bewegliche und unbewegliche Sachen . . . . . 149—150
§ 40. 2. Vertretbarkeit und Verbrauchbarkeit . . . . . 150—151
§ 41. 3. Theilbarkeit . . . . . 151—152
§ 42. 4. Haupt- und Nebensachen, Zubehör . . . . . 152—154
§ 43. Die Nutzungen (Früchte) und Lasten . . . . . 154—157
§ 44. Das Geld . . . . . 157—162

V. Abschnitt. Die Lehre vom juristischen Thatbestande.

§ 45. Der juristische Thatbestand im Allgemeinen . . . . . 163—168

1. Kapitel. Die Handlungen.

§ 46. Die Handlungen und das Rechtsgeschäft . . . . . 168—173
§ 47. Die Geschäftsfähigkeit . . . . . 173—180
§ 48. Die Aeußerung des Willens im Allgemeinen. Ausdrückliche und stillschweigende Willenserklärung . . . . . 180—183
§ 49. Empfangsbedürftige Willenserklärungen . . . . . 183—188
§ 50. Der Vertrag . . . . . 188—198
§ 51. Form der Willenserklärungen . . . . . 198—205
§ 52. Uebereinstimmung von Wille und Erklärung . . . . . 205—217
§ 53. Die Beweggründe . . . . . 217—222

Digitized by Google

Seite

§ 54. Der Inhalt der Rechtsgeschäfte . . . . . 222—229
§ 55. Die Bedeutung der Geschäftsmängel . . . . . 229—234
§ 56. Vertretung und Vollmacht . . . . . 235—250
§ 57. Zustimmung . . . . . 250—254
§ 58. Das bedingte Rechtsgeschäft, die Auflage . . . . . 254—265
§ 59. Das befristete Rechtsgeschäft . . . . . 265—267
§ 60. Die Auslegung der Rechtsgeschäfte . . . . . 267—269
§ 61. Die unerlaubten Handlungen . . . . . 269—275

2. Kapitel. Andere juristische Thatsachen.

§ 62. Der Irrthum als Thatbestandsmoment . . . . . 275—276
§ 63. Die Zeit . . . . . 276—280
§ 64. Anspruchsverjährung und Ausschlußfrist . . . . . 280—290
§ 65. Sonstiger Untergang der Rechte und Ansprüche . . . . . 290—291

VI. Abschnitt. Ausübung und Schutz der Rechte.

§ 66. Die Ausübung und Kollision der Rechte . . . . . 292—293
§ 67. Die Sicherheitsleistung . . . . . 293—296
§ 68. Die Selbsthülfe . . . . . 296—303
§ 69. Das Zurückbehaltungsrecht . . . . . 303—305
§ 70. Klage und Einrede . . . . . 305—308
§ 71. Der Einfluß des Prozesses auf das materielle Recht . . . . 309—316

Zweites Buch. Das Recht der Schuldverhältnisse.

I. Abschnitt. Die allgemeinen Lehren.

1. Kapitel. Begriff, Inhalt und Entstehung der Schuldverhältnisse.

§ 72. Das Wesen des Schuldverhältnisses . . . . . 317—323
§ 73. Gegenstand der Leistung im Allgemeinen . . . . . 324—332
§ 74. Das Wahl- und Gattungsschuldverhältniß . . . . . 332—338
§ 75. Besondere Gegenstände der Leistung. 1. Die Geldschuld . . 338—342
§ 76. 2. Die Schadensersatzschuld . . . . . 342—349
§ 77. 3. Die Aufwendungsersatzschuld und das Wegnahmerecht . . 349—350
§ 78. 4. Die Verpflichtung zur Rechnungslegung, Auskunftsertheilung und zur Leistung des Offenbarungseides . . . . . 350—353
§ 79. 5. Die Zinsschuld . . . . . 353—356
§ 80. Zeit der Leistung, Schuldnerverzug und Rechtshängigkeit . . 356—365
§ 81. Verzug des Gläubigers . . . . . 365—372
§ 82. Der Ort der Leistung . . . . . 373—374
§ 83. Die Haftung in Schuldverhältnissen . . . . . 374—378
§ 84. Nachfolgende Unmöglichkeit der Leistung . . . . . 378—382
§ 85. Entstehung der Schuldverhältnisse. Der Vertrag . . . . . 382—386
§ 86. Der gegenseitige Vertrag . . . . . 386—395
§ 87. Verträge zu Lasten und zu Gunsten Dritter . . . . . 395—401

Digitized by Google

Seite

2. Kapitel. Die Eigenschaften, Beziehungen und Zustände der Menschen.

§ 23. Natürliche Zustände . . . . . 84— 91
§ 24. Sittliche Zustände . . . . . 91— 95
§ 25. Rechtliche Situation . . . . . 96—100
§ 26. Wohnsitz . . . . . 100—104

3. Kapitel. Die juristischen Personen.

§ 27. Begriff und Arten der juristischen Personen . . . . . 104—109
§ 28. A. Die Vereine. 1. Der Erwerb der Rechtsfähigkeit . . . 109—112
§ 29. 2. Die Rechtsfähigkeit der Vereine 113
§ 30. 3. Die Vereinsverfassung. Der Vorstand . . . . . 114—118
§ 31. 4. Mitgliedschaft und Mitgliederversammlung . . . . . 118—122
§ 32. 5. Auflösung der Vereine und Schicksal des Vermögens . . 122—127
§ 33. Die nicht rechtsfähigen Vereine . . . . . 128—132
§ 34. B. Die Stiftungen und Anstalten . . . . . 132—138
§ 35. Die nicht rechtsfähigen Stiftungen . . . . . 138—140
§ 36. Juristische Personen des öffentlichen Rechtes . . . . . 140—142

IV. Abschnitt. Die Lehre von den Sachen.

§ 37. Der Gegenstand der Rechte. Die Sache . . . . . 143—148
§ 38. Die Rechts- und Verkehrsfähigkeit der Sachen . . . . . 148—149
§ 39. Rechtlich bedeutsame Unterschiede der Sachen. 1. Bewegliche und unbewegliche Sachen . . . . . 149—150
§ 40. 2. Vertretbarkeit und Verbrauchbarkeit . . . . . 150—151
§ 41. 3. Theilbarkeit . . . . . 151—152
§ 42. 4. Haupt- und Nebensachen, Zubehör . . . . . 152—154
§ 43. Die Nutzungen (Früchte) und Lasten . . . . . 154—157
§ 44. Das Geld . . . . . 157—162

V. Abschnitt. Die Lehre vom juristischen Thatbestande.

§ 45. Der juristische Thatbestand im Allgemeinen . . . . . 163—168

1. Kapitel. Die Handlungen.

§ 46. Die Handlungen und das Rechtsgeschäft . . . . . 168—173
§ 47. Die Geschäftsfähigkeit . . . . . 173—180
§ 48. Die Aeußerung des Willens im Allgemeinen. Ausdrückliche und stillschweigende Willenserklärung . . . . . 180—183
§ 49. Empfangsbedürftige Willenserklärungen . . . . . 183—188
§ 50. Der Vertrag . . . . . 188—198
§ 51. Form der Willenserklärungen . . . . . 198—205
§ 52. Uebereinstimmung von Wille und Erklärung . . . . . 205—217
§ 53. Die Beweggründe . . . . . 217—222

Digitized by Google

Seite

§ 54. Der Inhalt der Rechtsgeschäfte . . . . . 222—229
§ 55. Die Bedeutung der Geschäftsmängel . . . . . 229—234
§ 56. Vertretung und Vollmacht . . . . . 235—250
§ 57. Zustimmung . . . . . 250—254
§ 58. Das bedingte Rechtsgeschäft, die Auflage . . . . . 254—265
§ 59. Das befristete Rechtsgeschäft . . . . . 265—267
§ 60. Die Auslegung der Rechtsgeschäfte . . . . . 267—269
§ 61. Die unerlaubten Handlungen . . . . . 269—275

2. Kapitel. Andere juristische Thatsachen.

§ 62. Der Irrthum als Thatbestandsmoment . . . . . 275—276
§ 63. Die Zeit . . . . . 276—280
§ 64. Anspruchsverjährung und Ausschlußfrist . . . . . 280—290
§ 65. Sonstiger Untergang der Rechte und Ansprüche . . . . . 290—291

VI. Abschnitt. Ausübung und Schutz der Rechte.

§ 66. Die Ausübung und Kollision der Rechte . . . . . 292—293
§ 67. Die Sicherheitsleistung . . . . . 293—296
§ 68. Die Selbsthülfe . . . . . 296—303
§ 69. Das Zurückbehaltungsrecht . . . . . 303—305
§ 70. Klage und Einrede . . . . . 305—308
§ 71. Der Einfluß des Prozesses auf das materielle Recht . . . . 309—316

Zweites Buch. Das Recht der Schuldverhältnisse.

I. Abschnitt. Die allgemeinen Lehren.

1. Kapitel. Begriff, Inhalt und Entstehung der Schuldverhältnisse.

§ 72. Das Wesen des Schuldverhältnisses . . . . . 317—323
§ 73. Gegenstand der Leistung im Allgemeinen . . . . . 324—332
§ 74. Das Wahl- und Gattungsschuldverhältniß . . . . . 332—338
§ 75. Besondere Gegenstände der Leistung. 1. Die Geldschuld . . 338—342
§ 76. 2. Die Schadensersatzschuld . . . . . 342—349
§ 77. 3. Die Aufwendungsersatzschuld und das Wegnahmerecht . . 349—350
§ 78. 4. Die Verpflichtung zur Rechnungslegung, Auskunftsertheilung und zur Leistung des Offenbarungseides . . . . . 350—353
§ 79. 5. Die Zinsschuld . . . . . 353—356
§ 80. Zeit der Leistung, Schuldnerverzug und Rechtshängigkeit . . 356—365
§ 81. Verzug des Gläubigers . . . . . 365—372
§ 82. Der Ort der Leistung . . . . . 373—374
§ 83. Die Haftung in Schuldverhältnissen . . . . . 374—378
§ 84. Nachfolgende Unmöglichkeit der Leistung . . . . . 378—382
§ 85. Entstehung der Schuldverhältnisse. Der Vertrag . . . . . 382—386
§ 86. Der gegenseitige Vertrag . . . . . 386—395
§ 87. Verträge zu Lasten und zu Gunsten Dritter . . . . . 395—401

Digitized by Google

Seite

2. Kapitel. Bestärkung und Abschwächung der Schuldverhältnisse.

§ 88. 1. Die Daraufgabe . . . . . 402—403
§ 89. 2. Die Vertragsstrafe . . . . . 403—408
§ 90. 3. Der Rücktritt vom Vertrage . . . . . 408—413
§ 91. 4. Das Reugeld . . . . . 413—414

3. Kapitel. Das Erlöschen der Schuldverhältnisse.

§ 92. 1. Die Erfüllung . . . . . 414—425
§ 93. 2. Die Hinterlegung . . . . . 425—430
§ 94. 3. Der Selbsthülfeverkauf . . . . . 430—432
§ 95. 4. Die Aufrechnung . . . . . 432—443
§ 96. 5. Die Schuldneuerung . . . . . 443—445
§ 97. 6. Der Erlaß . . . . . 445—447
§ 98. 7. Die Vereinigung . . . . . 447—448
§ 99. 8. Der Tod des Gläubigers oder Schuldners . . . . . 448—449

4. Kapitel. Die Uebertragung der Forderung und die Schuldübernahme.

§ 100. Die Uebertragung der Forderung . . . . . 449—461
§ 101. Die Schuldübernahme . . . . . 461—471

5. Kapitel. Die Mehrheit von Gläubigern und Schuldnern.

§ 102. Die Mehrheit der Gläubiger und Schuldner . . . . . 471—482

II. Abschnitt. Die einzelnen Schuldverhältnisse.

§ 103. Uebersicht . . . . . 483—484

1. Kapitel. Die Veräußerungsverträge.

§ 104. Der Kauf . . . . . 484—488
§ 105. Die Verpflichtungen des Verkäufers. 1. Die Pflicht zur Uebergabe und Rechtsverschaffung . . . . . 488—495
§ 106. 2. Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache im Allgemeinen . . . . . 495—507
§ 107. 3. Die Gewährleistung wegen Viehmängel . . . . . 507—512
§ 108. Die Verpflichtungen des Käufers . . . . . 512—514
§ 109. Der Gefahrübergang . . . . . 515—517
§ 110. Arten der Kaufverträge . . . . . 517—527
§ 111. Der Tausch . . . . . 527—529
§ 112. Die Schenkung . . . . . 529—538

2. Kapitel. Verträge auf Ueberlassung von Sachnutzung und Arbeitskraft.

§ 113. Die Miethe . . . . . 538—540
§ 114. Die Verpflichtungen des Vermiethers . . . . . 540—546

Digitized by Google

Seite

§ 115. Die Verpflichtungen des Miethers . . . . . 547—554
§ 116. Die Endigung der Miethe . . . . . 554—556
§ 117. Die Veräußerung und Belastung der Miethssache . . . . 556—563
§ 118. Das Miethsverhältniß in der Zwangsvollstreckung und im Konkurs . . . . . 563—565
§ 119. Die Pacht . . . . . 565—572
§ 120. Die Leihe . . . . . 572—576
§ 121. Das Darlehen . . . . . 576—581
§ 122. Der Dienstvertrag . . . . . 581—590
§ 123. Der Werkvertrag . . . . . 590—599
§ 124. Der Mäklervertrag . . . . . 599—603
§ 125. Der Auftrag . . . . . 603—613
§ 126. Der Verwahrungsvertrag . . . . . 613—618
§ 127. Die Einbringung von Sachen bei Gastwirthen . . . . . 618—621

3. Kapitel. Der Gesellschaftsvertrag.

§ 128. Der Gesellschaftsvertrag . . . . . 621—635

4. Kapitel. Aleatorische Verträge.

§ 129. Der Leibrentenvertrag . . . . . 635—637
§ 130. Spiel, Wette, Lotterie- und Ausspielvertrag, Differenzgeschäft . . . . . 637—639

5. Kapitel. Der Sicherungsvertrag und die Feststellungsverträge.

§ 131. Der Bürgschaftsvertrag . . . . . 640—650
§ 132. Der Vergleich . . . . . 650—652
§ 133. Die Schiedsverträge . . . . . 652—654
§ 134. Schuldanerkenntniß, Schuldversprechen . . . . . 655—657

6. Kapitel. Die Anweisung.

§ 135. Die Anweisung . . . . . 657—663

7. Kapitel. Schuldverhältnisse aus einseitigen Rechtsgeschäften.

§ 136. Die Auslobung . . . . . 663—666
§ 137. Die Schuldverschreibung auf den Inhaber . . . . . 667—683

8. Kapitel. Rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse.

§ 138. Die Geschäftsführung ohne Auftrag . . . . . 683—689
§ 139. Die Gemeinschaft . . . . . 689—696

Digitized by Google

Seite

§ 140. Die Vorlegung von Sachen . . . . . 697—698
§ 141. Die ungerechtfertigte Bereicherung . . . . . 698—707

9. Kapitel. Schuldverhältnisse aus unerlaubten Handlungen.

§ 142. Schadensersatzpflicht aus eigenen unerlaubten Handlungen 707—719
§ 143. Die Ausdehnung der Schadensersatzpflicht . . . . . 719—725

Anhang.

Muster für das Vereinsregister . . . . . 726—727

Digitized by Google

Abkürzungenverzeichniß.

AG. = Ausführungsgesetz.
AV. = Ausführungsverordnung.
BGB. = Bürgerliches Gesetzbuch.
BRK. = Bericht der Reichstagskommission.
CPO. = Civilprozeßordnung v. 17 Mai 1898.
D. = Denkschrift z. BGB.
Denkschr. z. GFG. = Denkschrift zum Entwurf eines Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.
EG. = Einführungsgesetz z. BGB.
GBO. = Grundbuchordnung vom 24. März 1897.
Gew.O. = Gewerbeordnung.
GFG. = Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1898.
GVG. = Gerichtsverfassungsgesetz.
HGB. = Handelsgesetzbuch v. 10. Mai 1897.
KO. = Konkursordnung v. 17. Mai 1898.
M. = Motive zum Entwurf eines Bürg. Gesetzbuchs. (Amtl. Ausgabe).
Mat. z. EG. = Materialien zum EG. (Herausgegeben von Heymann).
M. z. EG. = Motive z. EG. (amtliche Ausgabe).
Nov. = Novelle.
P. = Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB., bearb. v. Achilles, Gebhard u. Spahn.
RAO. = Rechtsanwaltsordnung.
RKO. = Reichskonkursordnung.
RStr.GB. = Reichsstrafgesetzbuch.
RV. = Reichsverfassung.
St.PO. = Strafprozeßordnung.
ZVG. = Gesetz über Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung vom 24. März 1897.

Die Citate bez. der Begründung u. BRK. z. Nov. z. CPO. u. z. KO. und bez. der Denkschrift u. BRK. z. GBO. u. z. GFG. sind den „Materialien zu den Reichsjustizgesetzen" herausgegeben von Hahn, fortgesetzt von Mugdan, Band V, VII u. VIII entnommen.

Digitized by Google

Druckfehlerverzeichniß zu Band I.

S.	121	Zeile	18	von	oben	statt	29	lies	32
„	121	i. Anm.	3			„	29	„	32
							31	„	34 (beide Male)
„	202	Zeile	13	„	unten	„	129	„	128
„	238	„	19	„	oben	„	116	„	166
„	239	„	6	„	„	„	Vollmacht	„	Bevollmächtigung.
„	368	„	15	„	„	„	Ausnahmeverzug	„	Annahmeverzug.
„	462	„	11	„	„	„	private	„	privative.
„	510	„	6	„	„	„	847	„	487
„	546	„	3	„	unten	„	Anspruch	„	die Ansprüche.
„	549	„	3	„	oben	„	584	„	548
„	646	„	3	„	„	„	Rückbegriff	„	Rückgriff.

Digitized by Google

Einleitung.

Die Entwicklung des bürgerlichen Rechtes in Deutschland.

§ 1.

Die Entwicklung bis zum Abschlusse der Rezeption[1].

Die Privatrechtsentwicklung in Deutschland bis zur Mitte des sechzehnten Jahrhunderts wird durch die Aufnahme des fremden (römisch-justinianischen, kanonischen und langobardischen) Rechtes in zwei Perioden geschieden.

I. Die Entwicklung vollzieht sich zunächst auf nationaler Grundlage und ist bezeichnet durch politischen und sozialen Partikularismus, das Vorherrschen der Gewohnheitsrechtsbildung, den Mangel wissenschaftlicher Rechtsbearbeitung und die Handhabung des Rechtes durch Laiengerichte. In der vorfränkischen Zeit besteht keine politische Einheit der Nation und kein einheitliches Recht, sondern verschiedene, in der Gewohnheit entwickelte Stammesrechte der einzelnen deutschen Völkerschaften, Stämme und Stammestheile, die

[1] Litteratur: 1888: Vierhaus, Beitr., H. 1. 1889: Schwarz, Arch. f. bürg. R., Bd. 1, S. 1 ff. Kohler, ebenda, Bd. 2, S. 1 ff. Hölder, Ueber den Entwurf e. BGB. (Vortr.) 1890: Petersen, Gruch. Beitr. Bd. 34, S. 32 ff. Meisner, Das Pr. Allgem. L.-R. und der Entw., S. 3 ff. 1895: Gierke, D. Priv.-R. I, §§ 1—3. 1896: Huber, Schmoller's Jahrbuch, Jahrg. 20, S. 93 ff. Enneccerus, D. Jur. Zeitung, Jahrg. 1, S. 6 ff. Levy, ebenda, S. 81 ff. André, ebenda, S. 101 ff. v. Buchka, ebenda, S. 135 ff. 1897: Bernhöft, Handwörterbuch der Staatswissenschaften, Suppl. Bd. 2, S. 246 ff. Bunsen I, S. 1 ff. 1898: Leske, S. 1 ff. Enneccerus-Lehmann, §§ 1. 2. 9. Eck, Vorträge, §§ 1—5. Weyl, Vorträge I, §§ 2. 3. 5. 6. 1899: Endemann I §§ 1—5. 13. 20. Cosack I §§ 1—7. Krückmann, § 3. Vgl. außerdem: die Einleitungen zu den Kommentaren und über ältere Litteratur, die Bibliographie des BGB. von O. Mühlbrecht (1898), S. 5 ff. und Maas, Arch. f. bürg. R. Bd. 16 (1899) S. 20 ff.

Digitized by Google

nur gleichen nationalen Charakter tragen. In der Zeit der fränkischen Monarchie, welche die Völkerschaften zuerst politisch vereinigt, tritt die Gesetzgebung schärfer hervor: als Reichsgesetzgebung in den Kapitularien einheitliches Recht für das ganze Reich schaffend, als Sondergesetzgebung in der Kodifikation und beschränkten Weiterbildung der deutschen Volksrechte (leges barbarorum), sowie des für die unterworfene römische Bevölkerung geltenden römischen Rechtes (leges Romanae); die Reichsgesetzgebung hat aber auf dem Gebiete des Privatrechtes die Rechtseinheit wenig gefördert, so daß hier bei der Auftheilung des fränkischen Reiches die Sonderung des Rechtes nach Stämmen bestand und dem deutschen Reich des Mittelalters überliefert wurde.

II. Im deutschen Reiche des Mittelalters macht sich, wenn auch der gemeinsame nationale Grundcharakter des Rechtes erkennbar bleibt, eine rückläufige Bewegung in doppelter Richtung geltend. Die Gesetzgebung des Reiches vernachlässigt das Privatrecht gänzlich, und eine Sondergesetzgebung für die Stammesgebiete kommt nicht mehr in Betracht. Gewohnheitsrechtsbildung tritt hier an die Stelle, die in den Rechtsbüchern (Sachsenspiegel ꝛc.) ihren Niederschlag findet. Der überkommene Partikularismus des Rechtes schreitet aber nicht nur in territorialer Beziehung fort, indem sich aus dem Gebiete der Stammesrechte kleinere Rechtsgebiete mit besonderem Rechte (Landrechte, Stadtrechte, Dorfrechte ꝛc.) ausscheiden, sondern auch in sozialer Hinsicht, indem sich für bestimmte Personenkreise besonderes Recht gegenüber dem Landrechte des Gebietes (Lehnrecht, Dienstrecht, Hofrecht) bildet. Die Gründe dieser fortschreitenden Rechtssonderung liegen in der fortschreitenden Schwäche der Centralgewalt des Reiches gegenüber den Gliedern. Hier ist zu erinnern an die über die Grenzen Deutschlands hinaus- und von den Bedürfnissen und Zielen der Nation ablenkende Weltreichspolitik, die das deutsche Königthum in den Kampf mit der gleiche Ziele verfolgenden Kurie verwickelt, ferner an die feudale Verfassung des deutschen Reiches mit ihrem verhängnißvollen Prinzipe der Erblichkeit des Lehns, schließlich an die Entartung der Reichspolitik in eine Hauspolitik. Die Aufgabe, den Bedürfnissen der Nation gerecht zu werden, mußte nothwendig den im Reichsverbande sich entwickelnden und diesen mehr und mehr lockernden deutschen Einzelstaaten zufallen.

III. In diese Zeit der politischen Auflösung und Neugestaltung fällt die Aufnahme (Rezeption) der fremden Rechte, des römisch-justinianischen, des kanonischen Rechtes und des langobardischen

Digitized by Google

Lehnsrechtes. Dem Verständniß dieses überraschenden geschichtlichen Vorganges kommen wir näher, wenn wir uns zunächst vergegenwärtigen, daß das deutsche Mittelalter von der Idee des römischen Weltreiches und römischen Weltrechtes beherrscht wird, welcher gemäß das Recht Justinians als das geltende Recht auch Deutschlands erschien, daß diese Idee, welche die Nationalitätsidee ausschließt, auch von der Kirche und ihrem Rechte genährt wird, daß so die allgemeinsten Bedingungen ungemein günstig für die Anerkennung des römischen Rechtes lagen, dessen wissenschaftliche Pflege, von der Glossatorenschule in Bologna gerade vom Standpunkte dieser allgemeinen Idee aus neu belebt, sich nach Deutschland verbreitet und bald von der allgemeinen geistigen Bewegung des Humanismus und der Renaissance getragen wird. Begreiflicher wird der Vorgang der Rezeption weiter dadurch, daß das einheitliche, hochentwickelte, von der jungen italischen Wissenschaft mit ausgesprochener praktischer Tendenz gepflegte römische Recht dem Rechtsbedürfnisse des deutschen Volkes, das in eine Periode reich entwickelten Handelsverkehres und gewerblichen Schaffens eingetreten war, mehr entsprach als das deutsche, partikulär zersplitterte, durch keine Wissenschaft systematisch und in seinen einheitlichen Prinzipien entwickelte, von der centralen Gesetzgebungsgewalt des Reiches vernachlässigte und durch Laien gehandhabte deutsche nationale Recht. Das entscheidende Gewicht liegt aber nicht in diesen Verhältnissen, sondern in der bewußten Politik der aufstrebenden Landesherren, die unter Benutzung dieser allgemeinen Verhältnisse dem römischen Rechte und seinen Vertretern, den doctores juris, Eingang verschaffen, um sich die Stütze des absoluten römischen Staatsrechtes zur Befestigung ihrer der kaiserlichen Gewalt gegenüber bereits gewonnenen Selbständigkeit auch nach unten gegenüber den Reichsständen in ihren Territorien zu sichern. In diese Politik läuft auch die gescheiterte Weltreichspolitik der Kaiser aus[1]. Die Gründung des deutschen Territorialstaates ist demnach das entscheidende Ereigniß wie in der politischen so in der allgemeinen Rechtsentwicklung unsres Vaterlandes. In diesem politischen Vorgange fand die gewohnheitsrechtliche Aufnahme des römischen Rechtes ihren nothwendigen äußeren Halt. Dieser Aufnahmeprozeß ist entschieden mit der Umwandlung der Gerichte in Beamtengerichte im Reiche und in den Territorien (Kammergerichtsordnungen von 1495 und 1521).

[1] Laband, Die Bedeutung der Rezeption für das deutsche Staatsrecht (1880. Rede).

Digitized by Google

Auch der weitere Verlauf der Rezeption bestätigt diese Auffassung. Die Opposition gegen das fremde Recht geht vornehmlich aus von den Gegnern der neuen landesherrlichen Macht. Die nationale Abneigung gegen das fremde Recht tritt hinter dieser Opposition zurück. Andrerseits mußte die fundamentale Rechtsänderung die schwersten Erschütterungen des Rechtszustandes mit sich führen. Daraus ergab sich, daß die Aufnahme sich im Wesentlichen auf das Privatrecht beschränkte und selbst in dieser Beschränkung wesentliche Bestandtheile der fremden Rechtsordnung keinen Eingang zu gewinnen vermochten, daß das Fremdrecht nur subsidiäre Bedeutung gegenüber dem deutschen partikulären Recht erlangte, und daß das Fremdrecht selbst im Sinne der italischen Wissenschaft und Praxis den deutschen Verhältnissen angepaßt wurde. Dem Verluste, der in der Unterbrechung der nationalen Rechtsentwicklung ohne Zweifel lag, steht aber, wenn wir überhaupt den Vorgang der Rezeption einseitig vom Standpunkte der Rechtsentwicklung beurtheilen dürfen, der Vortheil gegenüber, daß das rezipirte gemeine Recht als gemeinsames Rechtsband ganz Deutschland umschloß, gegenüber der Rechtssonderung den Gedanken der Rechtseinheit rege erhielt, und daß mit ihm die Rechtswissenschaft Eingang in Deutschland fand. Die Rechtswissenschaft und die Gesetzgebung der Einzelstaaten sind die Faktoren, auf denen die Rechtsentwicklung seit der Rezeption beruht.

§ 2.

Von der Rezeption bis zur Reichsgründung[1].

I. Die Zeit bis zu den großen Kodifikationen.

Mit der Rezeption des fremden Rechtes war ein zweifacher Dualismus geschaffen: der zwischen nationalem und fremdem und der zwischem dem partikulären und gemeinen Rechte. Dabei fällt das nationale Recht anfänglich mit dem partikulären, das fremde mit dem gemeinen Rechte zusammen. Es konnte aber nicht ausbleiben, daß nicht nur nationaler Rechtsgehalt in das fremde Recht, sondern auch fremder Rechtsstoff in das partikuläre Recht hineinfloß. Das gemeine fremde Recht, durch die Gewohnheit zur Geltung gelangt, wurde auch weiter, von einzelnen Gesetzen des alten Reiches abgesehen, durch die Gewohnheit in selbständiger Weise um- und fortgebildet. Dieser Prozeß wurde weniger durch die Humanisten und die franzö-

[1] Litteratur s. Bd. I, § 1, Note 1.

Digitized by Google

fische Rechtsschule als durch die praktische Schule des 17. Jahrhunderts (usus modernus Pandectarum) gefördert. Im Partikularrechte erhielt sich das einheimische Recht. Aber abgesehen davon, daß die deutschrechtlichen Sätze in der praktischen Anwendung durch die römisch-rechtlich geschulten Richter eine romanistische Deutung und Behandlung erfuhren, ist in den Territorien die Gesetzgebung thätig, den materiellen Gegensatz zwischen dem fremden und nationalen Rechte auszugleichen. In den Stadt- und Landrechtsreformationen des 16. und 17. Jahrhunderts, den Vorläufern der großen Kodifikationen, macht sich ein starker romanisirender Zug geltend, von dem sich nur das sächsische Recht freier zu halten wußte. Auch die umfassendsten dieser Gesetzgebungen (Codex Maximilianeus Bavarius civilis 1756) waren aber weit davon entfernt, den bestehenden und empfundenen Gegensatz zwischen nationalem und fremdem Rechte in selbständiger Rechtsschöpfung zu überwinden; sie beließen es daher auch bei der subsidiären Geltung des fremden Rechtes und bedeuten keinen wesentlichen Fortschritt auf dem Wege zur Einheitlichkeit des Rechtes.

II. Die großen Kodifikationen.

Der Dualismus des Rechtes wurde erst durch die großen Kodifikationen des 18. und 19. Jahrhunderts in einigen größeren deutschen Staaten beseitigt[1]. Der Boden für diese Gesetzgebungen war durch zwei wissenschaftliche Richtungen vorbereitet. Die dem deutschen Rechte sich zuwendende Rechtswissenschaft (Herrmann Conring) hatte den im geltenden Rechte bestehenden Gegensatz zwischen nationalem und fremdem Rechte zum klaren Verständniß gebracht und die Gleichberechtigung des nationalen Rechtes vertheidigt, während die naturrechtliche Schule, indem sie an dem bestehenden Rechtszustande mit Erfolg Kritik übte, eine durch philosophische Abstraktion gewonnene, der historischen Zufälligkeiten entkleidete Rechtsordnung empfahl und dadurch der schöpferischen, kodifizirenden Gesetzgebung eine nachhaltige Anregung gab. Der Erfolg der Kodifikationen für

[1] Allgemeines Landrecht für die Kgl. Preußischen Staaten vom 1. Juni 1794. Oesterreichisches Bürgerliches Gesetzbuch vom 1. Juni 1811. Der Code civil vom 21. März 1804 bez. 3. September 1807. Das Badische Landrecht vom 3. Febr. und 22. Dezbr. 1809. Das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch vom 2. Januar 1863. Außerdem sind mehrere gesetzgeberische Projekte beachtenswerth: Der Preußische Revisions-Entwurf zum Allgem. Landrecht von 1839. 1842. Der Bayrische Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches von 1861. 1864. Der Hessische Entwurf von 1841. 1844. 1845. 1853.

Digitized by Google

die deutsche Rechtsentwicklung war einerseits ein günstiger und großer. Für einzelne deutsche Rechtsgebiete war der Dualismus des nationalen und partikulären zum fremden und gemeinen Rechte in erschöpfenden Gesetzgebungen, in denen in verschiedenem Maße auch das nationale Recht zu Anerkennung gelangt war, überwunden. Die Rechtssonderung hatte in diesen Gebieten erheblich an Bedeutung eingebüßt. Andrerseits war durch die Beseitigung der subsidiären Geltung des gemeinen Rechtes in diesen Gebieten die Rechtssonderung für das gesammte deutsche Rechtsgebiet verschärft. Mit dem Untergange des alten Reiches (1806) zerfiel Deutschland in die Gebiete der Kodifikationen und das Gebiet des früheren gemeinen Rechtes. Das letztere galt in den einzelnen souveränen Staaten dieses Gebietes als partikuläres Recht fort. Es hatte zwar den Charakter des allgemeinen, nicht aber den des gemeinen deutschen Rechtes bewahrt (vgl. Bd. I, § 7).

III. Die Rechtsgleichheitsbestrebungen.

Die Abschwächung der Rechtssonderung durch eine immer weiter greifende Einheit des Rechtes war allerdings erst eine Folge der für die Nation im neuen Reichsverbande wiedergewonnen politischen Einheit. Es hat aber an Bestrebungen, trotz der politischen Schranken, welche die formelle Rechtseinheit verboten, für ganz Deutschland wenigstens zur materiellen Rechtsgleichheit innerhalb der Nation zu gelangen, schon vor der Reichsgründung nicht gefehlt. Wissenschaft, Praxis und Gesetzgebung waren an diesen Bestrebungen vorbereitend, fördernd und verwirklichend betheiligt. Mit der Wende des Jahrhunderts vollzog sich auch auf dem Gebiete der Rechtswissenschaft die Umkehr vom Rationalismus und die Wiederbelebung der der Erkenntniß des geschichtlich gewordenen Rechtes zugewendeten Studien. In der Zeit der nationalen Erhebung wurde zwischen Thibaut[1] und Savigny[2] eingehend die Frage der Schöpfung eines Bürgerlichen Gesetzbuches für Deutschland erörtert. Dieser Streit gab Savigny Gelegenheit, das Programm der historischen Rechtsschule zu entwickeln, deren wissenschaftliche Arbeit, sowohl dem römischen wie dem nationalen Rechte zugewendet, im Laufe unseres Jahrhunderts die nothwendige Voraussetzung für eine ausgleichende Gesetzgebung geschaffen hat, während der geniale Vertreter dieses Programms die aufgeworfene Frage nach der Nothwendigkeit und Möglichkeit eines

[1] Thibaut, Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechtes für Deutschland (N. Ausgabe, 1840).

[2] v. Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (1892, Neudruck nach der 3. Aufl. von 1840).

Digitized by Google

allgemeinen deutschen Gesetzbuches von seiner geschichtlichen Auffassung des Rechtes aus verneinte. Die fortwirkenden Impulse der früheren Zeit und das nationale Bedürfniß erwiesen sich stärker. Wie die Gesetzgebung in den Einzelstaaten nicht ruhte, so fand der Gedanke der Rechtsgleichheit in der deutschen Wechselordnung und dem Handelsgesetzbuch seine theilweise Verwirklichung. Der deutsche Juristentag vertrat seit seiner Gründung (1860, Antrag von Jos. Unger) diesen Gedanken in weiterem Umfange, und die deutschen Bundesregierungen waren entschlossen, ein gemeinsames Obligationenrecht zu schaffen, dessen Entwurf am 13. Juni 1866 (Dresdener Entwurf) veröffentlicht wurde.

§ 3.

Die Reichsgesetzgebung und das Bürgerliche Gesetzbuch[1].

I. Die Reichsgesetzgebung bis zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Der allgemeine Zustand der Rechtsentwicklung, den der Deutsche Bund dem Norddeutschen Bunde überlieferte, war der der formellen Rechtssonderung bei nicht unbeträchtlicher materieller Rechtsgleichheit. Die Verfassung des Norddeutschen Bundes vom 17. April (publizirt am 26. Juli) 1867 wies dem Bunde (Art. 4, Z. 13) die gemeinsame Gesetzgebung über das Obligationenrecht, das Strafrecht, Handels- und Wechselrecht und das gerichtliche Verfahren zu (Antrag Lasker); zugleich setzten aber weitere Anträge (Lasker, Miquel) auf Erweiterung der Kompetenz auf die allgemeine bürgerliche Gesetzgebung ein, die sich wiederholten (Lasker), als die Reichsverfassung vom 16. April 1871 in Art. 4, Z. 13 die Kompetenz des Reiches in gleichem Umfange wie die des Norddeutschen Bundes bestimmte. Das Reichsgesetz vom 20. Dezember 1873 brachte dann die erstrebte Ausdehnung der Kompetenz. Damit war der Einzelgesetzgebung des Reiches auf dem privatrechtlichen Gebiete und den Arbeiten für ein deutsches Bürgerliches Gesetzbuch die verfassungsmäßige Basis geschaffen. Wo die Reichsgesetzgebung eingriff, war nicht nur der Fortschritt von der materiellen Rechtsgleichheit zur formellen Rechtseinheit vollzogen, sondern auch ein Damm wider die Rechtssonderung errichtet; denn gemäß Art. 2 der Reichsverfassung gehen die Reichsgesetze den Landesgesetzen vor. Das neue Reichsrecht ist absolut gemeines Recht. Die bisher nur gemeinsames Recht darstellende Wechsel-

[1] Litteratur s. Bd. I, § 1, Note 1.

Digitized by Google

ordnung und das Handelsgesetzbuch wurden nunmehr kraft der Reichsgesetzgebung gemeines Recht, und außer wichtigen Einzelgesetzen privatrechtlichen Inhaltes folgte die reichsgesetzliche Regelung der Gerichtsverfassung, des Civil- und Konkursprozesses. Ueberall mußte sich die Reichsgesetzgebung der seit der Aufnahme des Fremdrechtes der deutschen Rechtsentwicklung gestellten Aufgabe der Aussöhnung und Ueberbrückung des Gegensatzes zwischen fremdem und nationalem Rechte unterziehen. In langer, bedächtiger Arbeit war so der Boden geebnet, waren die Kräfte und Kenntnisse erworben zur Herstellung eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich.

II. Die Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Schon der Ueberblick über den Fortgang des Gesetzgebungswerkes lehrt, daß das endliche Resultat in langsamer, gewissenhaftester Arbeit gewonnen ist[1].

A. Die Vorkommission. Auf Grund des Reichsgesetzes vom 20. Dezember 1873 betraute der Bundesrath am 28. Februar 1874 auf Vorschlag seines Justizausschusses eine Vorkommission von fünf Mitgliedern mit der Aufgabe, Vorschläge zu machen über Plan und Methode, nach denen bei Aufstellung des Entwurfes zu verfahren sei. Die Vorkommission erstattete ihr Gutachten[2] am 15. April 1874. Auf Bericht[3] seines Justizausschusses über dieses Gutachten beschloß der Bundesrath am 22. Juni 1874, im Wesentlichen dem Gutachten der Vorkommission gemäß, eine Kommission von elf Mitgliedern mit der Aufstellung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches zu betrauen.

B. Die erste Kommission.

Auf Grund des Beschlusses vom 22. Juni 1874 wählte der Bundesrath am 2. Juli 1874 die elf Mitglieder, durch welche die größeren deutschen Rechtsgebiete vollständig vertreten waren. Die Kommission trat am 17. September 1874 zum ersten Male zusammen. Für einzelne ausscheidende Mitglieder traten andere ein. Außerdem zog die Kommission eine Reihe von Hülfsarbeitern hinzu. Im wesentlichen Anschlusse an das Gutachten der Vorkommission überwies die Kommission die einzelnen Abschnitte besonderen Redaktoren. Die Arbeiten der Redaktoren (Theilentwürfe) waren 1879 und 1880 vollendet. Der Theilentwurf über das Obligationenrecht kam nicht zu Stande. Die Theilentwürfe, und an Stelle des ausgefallenen

[1] Vgl. Stoerk, Das BGB. und der Gesetzgebungsapparat des deutschen Reiches (Greifswalder Festgabe), 1899.

[2] Abdruck: Gruch. Beiträge, Bd. 21, S. 175 ff.

[3] Gruch. Beitr., Bd. 21, S. 195 ff.

Digitized by Google

Theilentwurfes über das Obligationenrecht der Dresdener Entwurf von 1866, bildeten dann den Gegenstand der am 1. Oktober 1880 beginnenden weiteren Arbeiten der Kommission, die am 27. Dezember 1887 den Entwurf dem Reichskanzler überreichte[1]. Der Bundesrath beschloß unter dem 31. Januar 1888 die Veröffentlichung des Entwurfes und der von den Redaktoren bez. ihren Hülfsarbeitern ausgearbeiteten Motive, die demnächst erfolgte (Entwurf erster Lesung nebst fünf Bänden Motive)[2]. Demnächst stellte die Kommission in weiteren Sitzungen bis zum 30. März 1889 den Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch und die ihr durch Beschluß des Bundesrathes vom 14. Juni 1888 weiter aufgetragenen Entwürfe einer Grundbuchordnung und eines Gesetzes, betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, fest und wurde am 30. März 1889 geschlossen. Auch diese Entwürfe wurden mit den Motiven auf Anordnung des Bundesrathes veröffentlicht[3]. Die Verhandlungen der ersten Kommission sind nicht veröffentlicht. An den ersten Entwurf knüpfte sich, der ausgesprochenen Erwartung des Reichsjustizamtes entsprechend, eine lebhafte Diskussion an. Laien und Juristen, Theoretiker wie Praktiker[4], auf Veranlassung des Reichskanzlers auch die Regierungen[5], gaben ihr Urtheil über den Entwurf und zahlreiche Abänderungsvorschläge öffentlich kund. Die wohl überwiegende Kritik hielt den ersten Entwurf für eine geeignete Grundlage weiterer Arbeit. Demgemäß beschloß der Bundesrath am 4. Dezember 1890, den ersten Entwurf einer zweiten Kommission von 22, theils ständigen, theils nichtständigen, aus dem Juristenstande und aus den besonders interessirten Laienkreisen zu wählenden Mitgliedern zur zweiten Lesung zu überweisen.

---

[1] Bericht des Vorsitzenden vom 27. Dezember 1887 bei Alexander-Katz, Erläuternde Anmerkungen zu den Vorschriften d. Entw. ꝛc. (1888), I, S. 9 f.

[2] Amtliche Ausgabe, erschienen bei Guttentag, Berlin 1888.

[3] Amtliche Ausgaben, erschienen bei Guttentag, Berlin 1888. 1889.

[4] Zusammenstellung der gutachtlichen Aeußerungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, gefertigt im Reichs-Justizamt mit Nachträgen, 6 Bde. Als Manuskript gedruckt, Berlin, 1890. 1891. Vgl. Ring, Arch. f. bürg. R. I (1889), S. 190 ff. III (1890), S. 122 ff.

[5] Zusammenstellung der Aeußerungen der Bundesregierungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, gefertigt im Reichs-Justizamt, 2 Bde. Als Manuskript gedruckt. Berlin 1891. Außerdem erschienen selbständig im Druck die Aeußerungen seitens der Regierungen von Preußen, Bayern, Württemberg, Mecklenburg, Hessen, Baden, Hamburg.

Digitized by Google

C. Die zweite Kommission.

Die zweite Kommission, deren Vorsitzender und einzelne Mitglieder mehrfach wechselten, begann ihre Sitzungen am 15. Dezember 1890, vertheilte die fünf Bücher des ersten Entwurfes an besondere Referenten und vertagte sich dann bis zum 1. April 1891. Hier begannen die Berathungen der Gesammtkommission, deren Beschlüsse in einer besonderen Redaktionskommission ihre definitive Fassung erhielten. Nach Fertigstellung jedes einzelnen Theiles erfolgte die vorläufige Veröffentlichung (Theilentwürfe zweiter Lesung) und nach einer Schlußrevision durch die Redaktionskommission die Feststellung des Entwurfes zweiter Lesung[1]. Daran schloß sich die Berathung und Feststellung des Entwurfes des Einführungsgesetzes zweiter Lesung und des Entwurfes eines Gesetzes, betreffend Aenderungen des Gerichtsverfassungsgesetzes, der Civilprozeßordnung, der Konkursordnung und der Einführungsgesetze zu diesen Gesetzen. Die zweite Kommission wurde am 8. März 1896 geschlossen. Außer wöchentlichen Mittheilungen über den Gang der Arbeiten im Reichsanzeiger und den erwähnten Theilentwürfen sind durch den Druck veröffentlicht der definitive Entwurf zweiter Lesung mit dem Gesetzentwurfe, betreffend Aenderungen des Gerichtsverfassungsgesetzes ꝛc.[2], und die Protokolle in einer Bearbeitung von Achilles, Gebhard und Spahn[3].

D. Die Berathung im Bundesrath und Reichstag[4].

Der Entwurf zweiter Lesung des Gesetzbuches und des Einführungsgesetzes wurde von der zweiten Kommission dem Reichskanzler und von diesem dem Bundesrath überreicht. Nach einzelnen Abänderungen wurde der Bundesrathsentwurf des Gesetzbuches mit einer im Reichsjustizamt ausgearbeiteten Denkschrift am 17. Januar 1896, der Entwurf des Einführungsgesetzes am 23. Januar dem Reichstage vorgelegt. Der vom Bundesrath festgestellte Entwurf wird auch als Reichstagsvorlage bezeichnet[5]. Der Reichstag verwies nach

---

[1] Vgl. v. Sommerlatt, Sächs. Arch., Bd. 6 (1896), S. 21 ff.

[2] Auf amtliche Veranlassung erschienen bei Guttentag, Berlin 1898.

[3] Im Auftrage des Reichs-Justizamtes erschienen bei Guttentag, Berlin, 7 Bde., 1897—1899.

[4] Gierke, Das BGB. und der D. Reichstag (1896). Oertmann, Arch. f. bürg. R., Bd. 11 (1896), S. 4 ff.

[5] Erschienen mit der Denkschrift bei Guttentag, Berlin 1895. Jäntsch, Denkschr. zum Entw. e. BGB. (1899) (Bearbeitung der Denkschrift unter Angabe der §§ des BGB. ꝛc.).

Digitized by Google

der ersten Lesung (3.—6. Februar 1896)[1] den Entwurf an eine Kommission von 21 Mitgliedern. Die zweite Lesung auf Grund der Berichterstattung[2] begann am 19. Juni, die dritte endigte mit namentlicher Abstimmung und Annahme des Gesetzes am 1. Juli 1896[3]. Die Zustimmung des Bundesrathes erfolgte am 14. Juli, die Vollziehung beider Gesetze durch den Kaiser am 18. August, die Verkündigung durch Reichsgesetzblatt vom 24. August 1896. Beide Gesetze treten am 1. Januar 1900 in Kraft (EG. Art. 1).

E. Gleichzeitig mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze treten in Kraft:

1. Das revidirte Handelsgesetzbuch nebst Einführungsgesetz vom 10. Mai 1897, soweit nicht nach EG. zum HGB. Art 1, Abs. 2 ein früheres Inkrafttreten sich ergiebt.

2. Das Reichsgesetz, betreffend Aenderungen des Gerichtsverfassungsgesetzes, der Civilprozeßordnung und der Konkursordnung, sämmtlich vom 17. Mai 1898. Auf Grund des Ermächtigungsgesetzes vom 17. Mai 1898 ist durch Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 20. Mai 1898 der gesammte Text der geänderten Gesetze in neuer Paragraphirung veröffentlicht.

3. Das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung nebst Einführungsgesetz vom 24. März 1897.

4. Die Grundbuchordnung vom 24. März 1897.

5. Das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1898.

F. Die Ausführungsgesetze der Bundesstaaten. Zum Bürgerlichen Gesetzbuche und den Nebengesetzen (E.) sind im Laufe des Jahres 1899 in den einzelnen Bundesstaaten und in den Reichslanden Ausführungsgesetze erlassen.

III. Materialien, Ausgaben und Litteratur.

A. Ausgaben des BGB. und EG.

1. Textausgaben s. Mühlbrecht, Bibliographie des BGB. (1898), S. 23 ff. Maas, Arch. f. bürgerl. Recht Bd. 16 (1899), S. 57 ff. (auch im S.A. erschienen).

2. Ausgaben mit Erläuterungen s. Mühlbrecht, a. a. O., S. 25 f. Maas, a. a. O., S. 60 ff.

---

[1] Stenographische Berichte, S. 705 bis 794.

[2] Kommissionsbericht, S. 1935—2192.

[3] Stenogr. Berichte, S. 2717—3108.

Digitized by Google

Hervorzuheben sind die Handausgaben und Kommentare von

a. Achilles (André, Greiff, Ritgen, Unzner) (2. Aufl. 1898).

b. Fischer und Henle (Ebert, Schneider) (3. Aufl. 1899).

c. Tränkner und Wulfert (1897).

d. Planck (Achilles, André, Greiff, Ritgen, Unzner) (2. Aufl. 1898, im Erscheinen).

e. Biermann, Frommhold, Gareis, Hubrich, Riedner, Oertmann (1898, im Erscheinen).

f. Staudinger (1898, im Erscheinen).

g. Rehbein (1898, im Erscheinen).

h. Neumann (1898, im Erscheinen).

i. Kuhlenbeck (1898, im Erscheinen).

k. Landé (1898).

l. Skolny und Caro (1898, im Erscheinen).

m. Meisner (1898, im Erscheinen).

n. Hölder, Schollmeyer, Fischer u. AA. (1899, im Erscheinen).

B. Materialien s. Maas, Bibliographie der amtlichen Materialien zum BGB. (1897). Derselbe, Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. 16 (1899), S. 29 ff. Einen Kommentar aus den Materialien enthält: Haidlen, BGB. nebst Einführungsgesetz (1897). Ausgabe: Mugdan, Die gesammten Materialien zum BGB. (1899, im Erscheinen).

C. Litteratur s. Mühlbrecht, Die Litteratur des Entw. e. BGB. (1892). Derselbe, Bibliographie des BGB. (1898). Reatz, Centralblatt für Rechtswissenschaft, Ergänzungsbd. (1896). Maas, Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. 16 (1899) (Systematische Anordnung). Neumann u. AA., Gruch. Beitr. Bd. 42 (1898) S. 141 ff. (Anordnung nach der Paragraphenfolge). Weyl, Bd. II, S. 449 ff., 463 ff.

1. Darstellungen unter Vergleichung

a. mit dem gemeinen Recht: v. Buchka (3. Aufl. 1899). Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB. I u. II (1899, im Erscheinen),

b. mit dem preußischen Recht: Leske (1898, im Erscheinen). Riebel (1896, im Erscheinen). Goldmann und Lilienthal (1898, im Erscheinen). Dernburg (1898, im Erscheinen),

c. mit dem französischen Recht: Förtsch (2. Aufl. 1899), Barre (2. Aufl. 1897).

Digitized by Google

d. mit dem sächsischen Recht: Otto und Nitzsche (1899).

2. Einführende Werke und Lehrbücher: Bernhöft, Handwörterbuch der Staatswissenschaften. Supplementbd. II, S. 246 ff. Bunsen, Einführung in das BGB. I—III (1897/98). Endemann, Lehrb. d. bürgerl. Rechts. (6. Aufl. erscheint seit 1899). Cosack, Lehrb. des deutschen bürgerl. Rechts, Bd. I (2. Aufl. 1899), Bd. II (1899) im Erscheinen. Hachenburg, Das bürgerliche Gesetzbuch (2. Aufl. im Erscheinen 1899). Krückmann, Institutionen des Bürgerl. Gesetzbuches (2. Aufl. 1899). Weyl, Vorträge über das Bürgerl. Gesetzbuch I. (1898) II (1899). Enneccerus und Lehmann, Das bürgerl. Recht I. II. (1898/99, im Erscheinen).

3. Rechtsfälle: v. Ihering, Die Jurisprudenz des täglichen Lebens (11. Aufl, bearb. v. Lenel. 1897). v. Ihering, Civilrechtsfälle (8. Aufl., bearb. v. Regelsberger. 1897). Joseph, Rechtsfälle zum BGB. (1897). Schneider und Abicht, Rechtsfälle (1897). Stammler, Uebungen im Bürgerlichen Rechte für Anfänger I. (1898). Derselbe, Praktikum des bürgerl. Rechtes für Vorgerücktere (1899). Schück, Civilrechtspraktikum (1899). Reimer, Wegweiser durch die Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen. Für die Praxis des BGB. zusammengestellt (1899).

4. Rechtssprichwörter: Cohn, Das neue deutsche bürgerliche Recht in Sprüchen I. II. (1896/97) I (2. Aufl. 1899) (im Erscheinen).

5. Rechtswörterbücher: Jatzow (1897). Bernhardi, Handwörterbuch zum BGB. (2. Aufl. 1899). Kaden, Handlexikon des BGB. (1899).

6. Helmrich, Paragraphenschlüssel zu dem BGB. dem EG. und den sämmtlichen Entwürfen (1898).

D. Ausgaben und Litteratur zu den Ausführungsgesetzen.

1. Eine Gesammtausgabe der deutschen Ausführungsgesetze ist im Erscheinen: Becher, Die Ausführungsgesetze zum BGB. (1899).

2. Aus der Litteratur sind hervorzuheben:

a. Mecklenburg (Schwerin und Strelitz). Ausführungsverordnungen zum BGB. erl. von Langfeld und Brückner (1899).

b. Das Gesetz betr. die Ausführung des BGB. in Elsaß-Lothringen, erl. von Molitor (1899, im Erscheinen).

c. Best, Die hessischen Gesetze, Verordnungen ꝛc. zur Ausführung des BGB. (1899, im Erscheinen).

Digitized by Google

d. Weißler, Preuß. Landesprivatrecht (1899, im Erscheinen).

e. Nieder, Das württemb. Ausführungsgesetz ꝛc. (1899, im Erscheinen).

f. Pfizer, Das württemb. Ausführungsgesetz ꝛc. (1899, im Erscheinen).

g. Breit, Sächsische Ausführungsbestimmungen zum BGB. ꝛc. (1899, im Erscheinen).

Digitized by Google

I. Buch.

Allgemeine Lehren.

I. Abschnitt.

Die Lehre von den Rechtsvorschriften.

§ 4.

Die Rechtsvorschriften im Allgemeinen[1].

I. Das Leben der Menschen vollzieht sich nicht in der Vereinzelung, sondern in der Gemeinschaft. Damit ist die Unmöglichkeit einer unbeschränkten Bethätigung und Verwirklichung der Interessen aller Einzelgenossen und die Nothwendigkeit einer Ordnung dieses menschlichen Zusammenlebens gegeben. Diese Ordnung wird durch die Rechtsvorschriften bezweckt. Die Gesammtheit der in einer historischen menschlichen Gemeinschaft geltenden Rechtsvorschriften bildet ihr Recht (Recht im objektiven Sinne). Die Rechts-

[1] Litteratur: 1889: Affolter, Untersuchungen über das Wesen des Rechtes. 1890: Heilinger, Recht und Macht. Herzfelder, Gewalt und Recht. Reinhold, Gruch. Beitr., Bd. 34, S. 517 f. 1891: Hölder, Pandekten, § 4. Frank, Naturrecht, geschichtliches R., sociales R. (Rede). 1892: Kohler, Zeitschr. f. Privat- und öff. R., Bd. 19, S. 561 ff. 1893: Regelsberger, Pandekten I, §§ 9. 10. 1894: Bierling, Jur. Prinzipienlehre I, § 3. 1895: Kuhlenbeck, D. Rechtsprechung des Reichsger. I, S. 3 ff. Gierke, D. Priv.-R. I, § 15. 1896: Stobbe-Lehmann II, 1. §§ 71. 72. 77. Stammler, Wirthschaft und Recht, bes. S. 125 ff. Schellhas, Ideale und Idealismus im Recht. 1897: Brodmann, Vom Stoffe des Rechtes und seiner Struktur. 1898: Goldmann-Lilienthal, S. 1 ff. Kuhlenbeck, Von den Pandekten ꝛc. I, S. 1 ff., 1899: Endemann I, 556 ff. Krückmann § 1. 166 ff. Reuterskiöld, Ueber Rechtsauslegung, S. 49 ff. Ofner, Zeitschr. f. d. Priv.- und öffentl. R. Bd. 26, S. 1 ff.

Digitized by Google

vorschriften wenden sich an das äußere Verhalten der Genossen. Um ihrem Zwecke zu genügen, müssen die Rechtsvorschriften jedem Genossen das Gebiet anweisen, auf dem er seinen Willen bethätigen kann, zugleich aber auch dieses abgegrenzte Gebiet schützen. Die Rechtsvorschriften sind daher die Einzeläußerungen einer über den Genossen stehenden Willensmacht, die dem Einzelnen ein Gebiet freien Verhaltens gewährleistet (Befugniß), zugleich aber auch alle übrigen Genossen verbindet, dieses Gebiet zu achten (Pflicht)[1].

II. Jede Vorschrift, die das Wesen der Rechtsvorschrift an sich trägt, ist allgemein verbindlicher Wille. Das Recht ist aber Menschensatzung und als solche unvollkommen und mangelhaft. Es wird kritisch beurtheilt und gewerthet an einem Ideale, dem es entsprechen soll. Wir stellen daher an die Rechtsordnung bestimmte allgemeine Postulate. Sie soll zunächst ihrem Zweck entsprechen, d. h. auch wirklich die Gebiete der Einzelnen abgrenzen und schützen, damit das Zusammenleben ermöglicht wird (Zweckmäßigkeit). Sie soll aber auch die Grenzen so ziehen, daß diese nach den jeweils in der Gemeinschaft herrschenden Durchschnittsanschauungen als die richtigen erscheinen (Gerechtigkeit). Die Rechtsvorschriften sollen sich nicht mit Dem, was die Genossen für wahr und gut halten, in Widerspruch befinden. Je mehr eine Rechtsordnung diesen Postulaten gerecht wird, desto größer ist ihre innere verpflichtende Kraft. Eine diesen Postulaten nicht entsprechende Rechtsordnung ruft die Reaktion der Genossen hervor, die nach Abänderung und Beseitigung der Mängel strebt[2]. Das Recht entsteht nicht nur in der Gemeinschaft, es unterliegt auch der beständigen Fortentwicklung durch die Gemeinschaft (vgl. Bd. I, §11).

III. Die Rechtsvorschriften sind nicht die einzigen Vorschriften, die das äußere Zusammenleben der Menschen bestimmen und ordnen. Es treten hinzu die Vorschriften der Moral und der Sitte (Brauch, Anstand).

a. Der wesentliche Unterschied zwischen Recht und Moral besteht darin, daß die Vorschriften des Rechtes ausgehen müssen von der Ab-

[1] Vgl. Merkel, Jur. Encyklopädie § 1 ff.

[2] An das neue deutsche Gesetzgebungswerk sind diese Postulate, wie begreiflich, mit Entschiedenheit herangetreten; aus der reichhaltigen Litteratur vgl.: Fuld, Gruch. Beitr., Bd. 35 (1891), S. 635 ff. Menger, Arch. f. sociale Gesetzgebung und Statistik, Bd. II (1889), S. 1 ff. 419 ff. Bd. III (1890), S. 57 ff. (SA. 2. Aufl. 1890.) Gierke, Die socialen Aufgaben des Privatrechtes (1889, Vortr.) Oertmann, Schmoller's Jahrb. Jahrg. 19 (1895), S. 1095 ff. Weyl I, §§ 8. 9. Planck, D. Jur. Zeitg. Jahrg. 4 (1899) S. 181 ff. Kober, Bl. f. Rechtsanwendg. Jahrg. 64 (1899). S. 201 ff. 217 ff.

Digitized by Google

grenzung eines dem Einzelnen zukommenden Gebietes freier Willensbethätigung, von der Abgrenzung und Anerkennung des Interesses der Einzelnen, also von der Gewährleistung, woran sich die Statuirung der Pflicht anschließt. Die Moral dagegen geht nicht vom Einzelinteresse und seiner Bethätigung aus, sondern von einem bestimmten Ideale, dem zunächst die Gesinnung und dann auch das äußere Verhalten jedes Einzelnen entsprechen soll. Sie spricht daher in erster Linie Pflichten aus, aus denen der moralische Anspruch erst folgt. Ebenso gehen die Regeln des Anstandes und der Sitte von einem Ideale äußeren Verhaltens aus, das sie dem Einzelnen zur Pflicht machen.

Bei der Würdigung konkreten Verhaltens kommt es demnach für das Recht nur darauf an, ob sich dieses Verhalten innerhalb der dem Einzelnen gewiesenen Grenzen hält, für die Moral, ob dieses Verhalten auf einer dem Ideal entsprechenden Gesinnung beruht, für die Sitte, ob das Verhalten dem Ideal äußeren Verhaltens entspricht. Rechtmäßiges Verhalten ist deshalb noch kein der Sittlichkeit oder der Sitte entsprechendes, und rechtswidriges Verhalten kann von der Moral oder der Sitte gebilligt sein.

b. Nicht von prinzipieller, sondern nur quantitativer Bedeutung ist der Unterschied, daß die Vorschriften des Rechtes von fest bestimmten Faktoren der Gemeinschaft ausgehen, daß sie sicherer formulirt und weniger Schwankungen und Abänderungen ausgesetzt, daß ihre Verwirklichung fest bestimmten Organen zugewiesen ist, und daß diese auch zu äußerem Zwange greifen können.

c. Der Berührungspunkt des Rechtes mit Moral und Sitte liegt andrerseits darin, daß das Recht dem Postulate der objektiven Richtigkeit entsprechen soll, daß seine innere verpflichtende Kraft demnach auch davon abhängt, wie sich seine Vorschriften zu unseren sittlichen Anschauungen und auch den Vorschriften der Sitte verhalten. Letztere treten freilich dem Rechte gegenüber mehr zurück. Um so stärker sind die Einflüsse der Sittlichkeit auf das Recht. Vorschriften der Sittlichkeit werden nicht nur zu Rechtsvorschriften, sondern die Rechtsvorschriften müssen in vielen Beziehungen ihre eigene Wirksamkeit mit Rücksicht auf Moral und Sitte reguliren (vgl. Bd. I, § 11).

IV. Das in den einzelnen menschlichen Gemeinschaften *geschichtlich gewordene* und vielgestaltige Recht ist allein das geltende. Ihm gegenüber läßt sich aber die Einheit der Rechtsidee festhalten. Durch philosophische Abstraktion aus der aprioristisch festgestellten Natur der Lebensverhältnisse (Natur der Sache) läßt sich eine ideale

Digitized by Google

Rechtsordnung finden, die aber als solche nicht Rechtsordnung, geschweige denn höhere Rechtsordnung über dem positiven Rechte ist[1]. Wir haben es mit einer wissenschaftlichen Formulirung der Postulate, die wir an die Rechtsordnung stellen (II.), zu thun. Wie die wissenschaftliche Formulirung selbst, so ist auch die Quelle, aus der sie schöpft (Natur der Sache), nicht Recht. Die Natur der Sache erlangt aber deshalb eine große Bedeutung, weil das positive Recht in seinem Streben nach Erfüllung jener Postulate auf eben diese Quelle verwiesen ist (vgl. Bd. I, § 12) und, weil es aus ihr schöpft, auch wieder aus ihr verstanden und entwickelt werden kann und muß.

§ 5.

Die Entstehung der Rechtsvorschriften. a. Das Gesetz[2].

Die Rechtsvorschriften verdanken ihre Entstehung entweder der Gesetzgebung oder der Gewohnheit. Diese sind die Entstehungsquellen des Rechtes. Die Rechtsvorschriften sind demnach Gesetze[3] oder Gewohnheitsrecht.

---

[1] Darüber Stammler, Ueber die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie (Haller Festgabe 1888); Bekker, Recht muß Recht bleiben. (Heidelberger Festgabe 1896), bes. S. 2 ff.

[2] Materialien: M. I. S. 1 ff. 10 ff. 93 f.

Litteratur: 1889: Gierke, Der Entw., S. 131 f. 1890: Reinhold, Gruch. Beitr., Bd. 34, S. 518 f. 1891: Hölder, Pandekten, §§ 6. 7. 1892: Jakubezky, Bemerkungen S. 2. 1893: Regelsberger I, §§ 17. 18. 24. 1894: Bierling, Jur. Prinzipienlehre I, S. 30 f., II, § 29. Scholly, Das Autonomierecht des hohen Adels (Dissert.) 1895: Gierke, D. Priv.-R. I, §§ 17. 18. 19. Kuhlenbeck, Rechtsprechung I, S. 3 ff. 1898: Kuhlenbeck, Von den Pandekten I, S. 8 f. 12 ff. Goldmann-Lilienthal, S. 4. Leske, S. 23 f. Oertmann, Volksrecht und Gesetzesrecht (Vortr.) Weyl I, § 7. 1899: Endemann I, §§ 7. 15. 16. Cosack I § 9. Krückmann, § 1. 167. 168. Glatzer, Das Recht der provisor. Gesetzgebung (Breslauer Abhandlungen herausg. v. Brie). Triepel, Völkerrecht und Landesrecht.

[3] Im allgemeineren Sinne ist Gesetz gleich Rechtsvorschrift, umfaßt also auch das Gewohnheitsrecht. So besonders mit Rücksicht auf die Einfachheit der Textformulirung die neuere Reichsgesetzgebung (EG. zu CPO. § 12 zu RKO. § 2, zu St.PO. § 7. RV. Art. 2) und auch das BGB., vgl. EG. z. BGB. Art. 2: „Gesetz im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs und dieses Gesetzes ist jede Rechtsnorm." Ebenso Mecklenb. (Schwer. Strel.) AV. z. BGB. § 1, Abs. 1. Sachsen-Weim. AG. z. BGB. § 1. Hess. AG. z. BGB. Art. 1. Im allgemeinsten Sinne wird auch die Willensäußerung als Gesetz bezeichnet, welche keine Rechtsvorschrift enthält, wohl aber an den Gesetzgebungsapparat gebunden ist („formelle Gesetze", z. B. Etatgesetze in den konstitutionellen Staaten und im Reich). Vgl. Pernice, Berliner Festgabe für Gneist

Digitized by Google

I. *Gesetz* ist die von den verfassungsgemäß berufenen Organen der Gemeinschaft in verfassungsgemäßer Weise festgestellte und verfassungsgemäß geäußerte Rechtsvorschrift.

A. Im Einzelnen ist die Verfassung der Gemeinschaft für die Entstehung des Gesetzes maßgebend. Demnach sind die Voraussetzungen *der Landesgesetze* nach den verschiedenen im deutschen Reiche geltenden Verfassungen der Einzelstaaten (Republik, ständische und konstitutionelle Monarchie) und der Reichslande, auch soweit diese Verfassungen gleichartig sind, verschiedene. Die Voraussetzungen *der Reichsgesetze* bestimmen sich nach der Reichsverfassung. Organe sind der Reichstag und der Bundesrath. Dem übereinstimmenden Beschluß beider ertheilt der Bundesrath die Gesetzeskraft (Sanktion), und die Ausfertigung und Publikation erfolgt durch den Kaiser [1].

B. Nach der Verfassung treten in gewissen Fällen an die Stelle der allgemeinen gesetzgebenden Faktoren besondere Organe der Gemeinschaft (Monarch, Senat, Behörden). Staatsrechtlich spricht man von *Verordnungsrecht* und *Verordnungen*, jedoch trifft der allgemeine Begriff des Gesetzes hier nicht weniger zu, soweit die Verordnungen Rechtsvorschriften enthalten (Rechtsverordnungen), nicht bloß die Durchführung vorhandener Rechtsvorschriften bezwecken (Verwaltungsverordnungen) [2].

C. Nach dem Umfange ihres Inhaltes werden die Gesetze in *Einzelgesetze*, *Kodifikationen* und *Inkorporationen* unterschieden. Die Inkorporation ist *Neuredaktion* des gesammten Rechtes oder eines Rechtstheiles durch den Gesetzgeber, die in ihrem geschichtlichen Hauptfalle, der Justinianischen Gesetzgebung, mit weitgehender *Neuschöpfung* verbunden ist.

II. Auch die der Verfassung gemäß von bestimmten Organen in Staatsverträgen [3] festgestellten und geäußerten Rechtsvorschriften fallen unter den Begriff des Gesetzes. Die Vertragsform steht dem nicht im Wege; freilich kann die Verfassung darüber hinaus weitere Anforderungen stellen [4].

1888), S. 99 ff. *Thon*, Arch. f. öff. R., Bd. 5 (1890), S. 149 ff. *Affolter*, Zeitschr. f. d. Privat- und öff. R., Bd. 18 (1891), S. 719 ff.

[1] RV. Art. 2. 5. 17.

[2] Ueber Reichsverordnungen vgl. RV. Art. 7, Z. 2 und BGB. 482. Ueber Landesverordnungen: Bad. AG. z. BGB., Art. 1, Abs. 3.

[3] Vgl. *Heilborn*, Arch. f. öff. R. Bd. 12 (1897) S. 141 ff. und besonders *Triepel*, a. a. O.

[4] RV. Art. 11, Abs. 3. Soweit Staatsverträge der Einzelstaaten untereinander privatrechtliche Vorschriften über reichsrechtlich geregelte Materien enthalten, werden sie durch das BGB. nach EG. Art. 56 abgeändert.

Digitized by Google

III. Autonomie, autonome Satzung.

Gewissen lokalen Verbänden (Provinzen, Gemeinden, Kreisen) und auch rein personalen Verbänden (Familien des hohen Adels, vgl. Bd. I, § 25) steht das Gesetzgebungsrecht für gewisse, ihnen eigenthümliche Verhältnisse zu[1]. Nicht nur für die Angehörigen des Verbandes, sondern auch Dritten gegenüber gilt die autonome Rechtsvorschrift, die sich darin von einer vertragsmäßigen Einigung unterscheidet[2].

§ 6.

b. Das Gewohnheitsrecht[3].

Daß sich innerhalb einer Gemeinschaft auch im Wege andauernder Uebung einer Regel Rechtsvorschriften bilden, ist eine geschichtliche Thatsache. Man stritt aber seit jeher über die entscheidenden Voraus-

[1] Mecklenb.-Schw. AV. z. BGB. § 1, Abs. 3.

[2] Im Staatsrecht bedeutet Autonomie die Gesetzgebungsgewalt eines Einzelstaates gegenüber der Gesetzgebungsgewalt des Verbandstaates, im Privatrecht auch die Freiheit der Privatverfügung gegenüber den Rechtsvorschriften.

[3] Materialien: M. I. S. 3 ff. 10. 94. P. I. S. 3 f. VI. 359 f.

Litteratur: 1888: Bähr, Zur Beurtheilung, S. 8 ff. Rümelin, Jahrb. f. Dogm., Bd. 27, S. 231 ff. Kühnast, Das Erbrecht des Entw. S. 93. 95. Hölder, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 73, S. 13 ff. Hartmann, G., ebenda, S. 322 ff. Zróblowski, Kodifikationsfragen, S. 42 ff. Schilling, Aphorismen, S. 22 ff. Klöppel, Gruch. Beitr., Bd. 32, S. 623 ff. Bekker, Beitr., H. 2, S. 22 ff. Rieszer, Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. Bd. 35 (Beil.H.), S. 389 f. 1889: Jacoby, Annalen des d. Reichs, S. 294 ff. Esser, Die derogator. Kraft des Gewohnheitsrechtes. Gierke, Der Entw., S. 122 ff. Franken, Vom Juristenrecht. Goldschmidt, Zeitschr. f. d. ges. Handelsr., Bd. 36, S. 134. Planck, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 75, S. 386 f. Jur. Tag 20, Bd. 3, S. 111. 113. Dickel, Das BGB. f. Montenegro, S. 56 f. Neumann, Gruch. Beitr., Bd. 33, S. 390 f. Pr.-Landes-Oek.-Koll. 1889, S. 217. 239 ff. 437 ff. 1890: Schuppe, Das Gewohnheitsrecht. Reinhold, Gruch. Beitr., Bd. 34, S. 519 ff. Jacoby, ebenda, S. 561 ff. Rocholl, Vorschläge, S. 3. Clesz, Staat und Familie, S. 13. Stolterfoth, Beiträge. S. 15 f. 1891: Hölder, Pandekten, §§ 6. 7. 1892: Jakubezky, Bemerkungen, S. 1. 1893: Regelsberger I, §§ 17. 19—25. 1895: Kuhlenbeck, Rechtsprechung I, S. 19 ff. Gierke, D. Priv.-R. I, §§ 20. 21, 1897: Neukamp, Arch. f. bürg. R. Bd. 12, S. 89 ff. 1898: Danz, Jahrb. f. Dogm., Bd. 38, S. 380 ff. Bierling, Jur. Prinzipienlehre II, §§ 27. 28. Kuhlenbeck, Von den Pandekten I, S. 9 ff. Krückmann, Jahrb. f. Dogm., Bd. 38, S. 191 ff. Knitschky, Arch. f. öff. R., Bd. 13, S. 161 ff. Crome, Jahrb. f. Dogmat. Bd. 39, S. 323 ff. Seidler, Wiener Festschrift für v. Unger, S. 541 ff. Oertmann, Volksrecht und Juristen-

Digitized by Google

setzungen derartiger Rechtsentstehung und über das Verhältniß dieser Rechtsquelle zu der der Gesetzgebung. Das BGB. enthält keinerlei Bestimmungen. Alle das Gewohnheitsrecht betreffenden Fragen sind daher aus dem Wesen der Rechtsvorschriften zu beantworten[1].

I. Unbestritten gehört zu den Voraussetzungen der Gewohnheitsrechtsbildung eine längere oder kürzere Zeit währende, von dem betheiligten Kreise ausgehende, gleichförmige Uebung einer Regel. Die ältere Theorie begnügte sich hiermit, sah von einer näheren Bestimmung des Charakters der in der Uebung befolgten Regel gänzlich ab und führte so nothwendig zu einer Vermischung von Rechtsvorschriften und Vorschriften der Moral und Sitte. Ganz im Gegensatze zu dieser Uebungstheorie sieht die Willens- oder Ueberzeugungstheorie in der Uebung nur den Ausdruck der Volksüberzeugung der Gemeinschaft von Dem, was Recht sei. Die Rechtsvorschrift ist nach dieser Auffassung schon vor der Uebung vorhanden. Diese Theorie scheitert an der Thatsache, daß keineswegs alle Vorschriften des Gewohnheitsrechtes sich auf die Ueberzeugung der Gemeinschaft zurückführen lassen, und daß in keinem Falle ein exakter Nachweis dieser Volksüberzeugung möglich ist. Dem wirklichen Vorgange bei der Gewohnheitsrechtsbildung entspricht vielmehr nur die Auffassung, daß der Gewohnheitsrechtssatz durch die Uebung zur Entstehung gelangt. Aber nicht jede in längerer Uebung bewährte Regel wird deshalb zur Rechtsvorschrift, sondern die Regel muß in der Uebung die Funktion der Rechtsvorschrift erfüllt haben. Man sagt nun, es müsse in der Uebung die Auffassung der Uebenden (Parteien, Richter) hervorgetreten sein, daß sie in ihrem Verhalten einer Rechtsvorschrift Genüge thaten (sog. opinio necessitatis) und verlangt demnach für die Gewohnheitsrechtsbildung außer bestimmt qualifizirter Uebung einer Regel das subjektive Verhalten der Uebenden zu dieser Regel wie zu einer Rechtsvorschrift. Folgerichtig muß also wieder eine Ueberzeugung der Uebenden festgestellt werden, womit die Feststellung der Existenz eines Gewohnheitsrechtssatzes wieder ganz ins Schwankende und Unsichere geräth. Dieses subjektive Verhalten, die Ueberzeugung,

---

recht (Vortr.) Goldmann-Lilienthal, S. 4ff. Leske, S. 23f. Enneccerus-Lehmann I, § 6. Weyl I, § 7. 1890: Endemann I, § 12. Cosack I, §§ 8. 10. Krückmann, §§ 167. 168. v. Buchka, § 1. Schmidt, das Gewohnheitsrecht als Form des Gemeinwillens. Hölder, Komment. Einleitg., S. 51ff.

[1] Cosack, § 10 sieht in dem Schweigen des Gesetzbuches in verschiedenen Richtungen eine Entscheidung als getroffen an.

Digitized by Google

ist in der That nicht mehr als ein Indicium. Wesentlich kommt es nur darauf an, ob die fraglichen Lebensverhältnisse wie durch eine Rechtsvorschrift geregelt sind. Wenden die Gerichte den Satz an, so wird nach der Ueberzeugung der Uebenden auch nicht weiter zu fragen sein; liegt gerichtliche Anwendung noch nicht vor, so ist diese Ueberzeugung nur eines der Indicien, die bei der Prüfung zu verwerthen sind. Das Gewohnheitsrecht ruht demnach ganz auf objektiver Grundlage (Uebung der Regel und Funktion derselben als Rechtsregel). Aus dieser Auffassung folgt mit Nothwendigkeit die Ablehnung des Satzes, daß der Irrthum der Uebenden, die befolgte Regel sei Rechtsvorschrift, die Bildung des Gewohnheitsrechtssatzes ausschließe[1].

II. Trägt der Gewohnheitsrechtssatz den Charakter der Rechtsvorschrift, so ist damit seine Gleichwerthigkeit mit dem Gesetz gegeben. Irrig ist daher der Satz von der erforderlichen Rationabilität des Gewohnheitsrechtes. Mag man darunter die Grenze der Vernunft, der guten Sitte oder der Grundlage der bürgerlichen Ordnung verstehen, immer kann es sich nur um jenes Postulat der Gerechtigkeit handeln, das wir an jede Rechtsvorschrift stellen[2]. — Die prinzipielle Gleichwerthigkeit des Gewohnheitsrechtes schließt aber nicht aus, daß der Rechtsquelle der Gewohnheit durch ein Gesetz die Anerkennung versagt[3] oder geschmälert[4] wird. Bei der Frage, ob das Gesetz hierzu die Kraft hat, kann es freilich nicht entscheidend darauf ankommen, wie sich die Gerichte zu einem solchen Gesetze verhalten. Die Anerkennung und Befolgung durch die Gerichte setzt die Geltung der Rechtsvorschrift voraus. Die Beantwortung ergiebt sich nur aus dem Inhalte der Rechtsvorschrift. Daß Rechtsvorschriften wirksam bestimmen können, wie eine Gesetzesvorschrift entsteht, ist unbestritten. Damit ist aber auch die Möglichkeit anerkannt, daß eine Rechtsvorschrift das Gewohnheitsrecht negirt oder beschränkt. Alle derartigen Vorschriften der Gesetze wenden sich nicht unmittelbar an die Rechtsgenossen, sondern an die Organe der Rechtsanwendung und sind für diese bindend. Solange der betreffende Gesetzessatz gilt, ist es denk-

[1] Abweichend RG. in vielen Entscheidungen, z. B. XXXI, 270. Dazu Kuhlenbeck, Rechtsprechung des RG. I, S. 24.

[2] Anderes kann m. E. auch Kuhlenbeck, Von den Pandekten, S. 11: „Der Inhalt des Gewohnheitsrechtes muß als Rechtssatz möglich sein", nicht sagen wollen.

[3] So Sächs. BGB.

[4] So ALR. (mit der Unterscheidung zwischen allgemeinem und provinziellem Gewohnheitsrecht); C. c. ÖBGB. und HGB (1861), Art. 1.

Digitized by Google

bar, daß ein Gewohnheitsrechtssatz sich bildet, der aber in foro keine Anerkennung findet. Es ist möglich, daß sich dann eine Differenz zwischen dem gesetzlichen und von den Gerichten allein geübten und dem in der Uebung extra forum befolgten Rechte herausstellt. Eine solche Rechtsvorschrift kann aber selbst wieder ganz oder zum Theil dadurch aufgehoben werden, daß im Gegensatze zu ihr die Gerichte die Rechtsvorschrift in konstanter Uebung mißachten. Insoweit ist es richtig, daß das negirende oder einschränkende Gesetz die Quelle der Gewohnheit nicht für alle Zeit verstopfen kann. Diese Thatsache mag Zweifel an der Zweckmäßigkeit eines solchen Gesetzes hervorrufen, stellt die Gültigkeit desselben an sich aber nicht in Frage. Ob und inwieweit der fragliche Gesetzessatz durch Gewohnheitsrecht außer Anwendung gesetzt ist, ist nach den Grundsätzen festzustellen, die für die Rechtsanwendung und Auslegung gelten (Bd. I, § 12). Aus der prinzipiellen Gleichartigkeit und Gleichwerthigkeit folgt die Unrichtigkeit der sog. Gestattungstheorie (Gewohnheitsrecht gilt nur, weil es der Gesetzgeber stillschweigend billigt)[1]. Diese Auffassung verkennt den in der Macht der Thatsachen liegenden selbständigen Entstehungsgrund und läßt die Frage nach dem Grunde der verpflichtenden Kraft des Gewohnheitsrechtes ungelöst.

III. Wie in gewissen engeren lokalen und personalen Verbänden sich autonome Statuten bilden können, so auch Gewohnheitsrecht. Für dieses ist die Bezeichnung Observanz gebräuchlich[2].

IV. Verschieden vom Gewohnheitsrecht ist die Verkehrssitte, Handelssitte (Usance). Letztere ist nicht Recht, mag sie auch eine weitumfassende und verbreitete sein. Ihre Bedeutung liegt darin, daß sie bei der Feststellung des Parteiwillens zu beachten ist; denn man darf annehmen, daß die Parteien, die eine Regelung unterließen, Das gewollt haben, was üblich ist[3].

V. Wissenschaft und Gerichtsgebrauch sind keine Entstehungsquellen des Rechtes. Die gemeinsame Aufgabe der Wissenschaft und der Praxis ist die Feststellung des Sinnes der Rechtsvorschriften (vgl. Bd. I, § 12). Wissenschaft[4] und Gerichtsgebrauch können aber den Anstoß zur Entwicklung eines Gewohnheitsrechtes geben.

---

[1] An diese Theorie knüpft die vermittelnde Auffassung von Schmidt, a. a. O. (1899) an.

[2] Mecklenb.-Schw.-Strel. AV. z. BGB. § 1, Abs. 3.

[3] Vgl. Cosack, Lehrb. des Handelsrechts (4. Aufl. 1898), S. 128 ff. Dernburg, Das bürgerl. R. II, S. 25 f. AM. Danz, Jahrb. f. Dogmat. Bd. 38 (1898) S. 397 ff.

[4] Für die Wissenschaft nimmt die Bedeutung als Rechtsquelle praeter

Digitized by Google

§ 7.

Die Verschiedenheit der Rechtsvorschriften. a. Herkunft, Quelle und Geltungsgebiet der Rechtsvorschriften[1].

I. Einheimisches und rezipirtes Recht.

Die einzelnen Rechtsgemeinschaften entwickeln entweder die Rechtsvorschriften ihrer Eigenart entsprechend, oder sie nehmen fremdes Recht in das ihrige auf. Die Aufnahme fremden Rechtes vollzieht sich entweder so, daß der aufgenommene Rechtsstoff ein integrirender Bestandtheil der einheimischen Rechtsordnung wird und nur mit dem Inhalte gilt, den ihm die einheimische Rechtsquelle (Gesetz, Gewohnheit) beilegte (z. B. die Aufnahme des französischen Prozeßrechtes in die deutsche Civilprozeßordnung), oder so, daß das fremde Recht zunächst in dem Sinne gilt, den die fremde Rechtsquelle ihm beilegte, (z. B. die Rezeption des römischen und kanonischen Rechtes).

II. Jede Rechtsgemeinschaft produzirt ihr eigenes Recht. Daher ergiebt sich der Gegensatz der Rechte der einzelnen Staaten, des inländischen und ausländischen Rechtes, des Rechtes des Staates und der Kirche. Indem man die verschiedenen selbständigen Staaten in einer höheren Rechtsgemeinschaft verbunden denkt, ergiebt sich das ihre Beziehungen regelnde Völkerrecht[2].

III. Auf dem Verhältniß kleinerer staatlicher Gemeinwesen zu dem größeren sie umschließenden staatlichen Verbande beruht der Gegensatz von gemeinem und partikulärem Rechte. Das gemeine Recht (jus commune im örtlichen Sinne) eines bestimmten Rechtsgebiets ist dasjenige, welches auf einer für das gesammte Rechtsgebiet maßgebenden Rechtsquelle beruht; das partikuläre Recht dieses Rechtsgebietes ist dasjenige, welches in einem Teile dieses

---

legem Kuhlenbeck, Von den Pandekten, S. 24 ff., in Anspruch. Wer die Lückenlosigkeit der Rechtsordnung und die Analogie anerkennt, bedarf der Wissenschaft als Rechtsquelle überhaupt nicht.

[1] Materialien: P. VI S. 362 ff. 560 f. 599 f. Mat. z. EG. S. 56 ff. Denkschr. z. EGFG. S. 86, BRK. z. GFG. S. 170.

Litteratur: 1889: Fuld, Gruch. Beitr., Bd. 33, S. 628 ff. 1890: Rocholl, Vorschläge, S. 1 ff. Coith, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 76, S. 228 ff. 1893: Regelsberger I, § 29. 1894: Bierling, Jur. Prinzipienlehre I, § 7, 1895: Gierke I, §§ 5. 6. 22. 1896: Aron: Sächs. Arch. Bd. 6, S. 337 f. 1897: Jastrow, Arch. f. öff. R., Bd. 12, S. 1 ff. Bunsen I, S. 21 ff. 1898: Goldmann-Lilienthal, S. 1 f. 5. Leske, S. 18 ff. Enneccerus-Lehmann I, § 4. Eck, Vortr. § 6. Müller, Sächs. Arch. Bd. 8 S. 11 ff. 1899: Endemann I, § 16. Cosack I, §§ 8—10. Krückmann § 172.

[2] Triepel, Völkerrecht und Landesrecht (1899).

Digitized by Google

Rechtsgebietes kraft der besonderen Rechtsquelle dieses Theiles gilt[1]. Die für ein Rechtsgebiet maßgebende Rechtsquelle kann auch nur für einen Theil dieses Rechtsgebietes Recht schaffen, oder sie kann von der Geltung der aus ihr fließenden Rechtssätze im ganzen Gebiete bestimmte Theilgebiete ausschließen. In dem Verhältnisse beider zu einander giebt sich das staatsrechtliche Verhältniß des Theiles zum Ganzen zu erkennen. Das gemeine Recht ist daher *subsidiär gemeines Recht* (so das rezipirte gemeine Recht) oder *absolut gemeines Recht*. Letzteren Charakter hat das Recht des neuen deutschen Reiches. Das Reichsprivatrecht ist entweder in fragmentarischen Gesetzen oder in der Kodifikation des Bürgerlichen Gesetzbuches enthalten. Nach Art. 2 der Reichsverfassung geht das Reichsprivatrecht (Gesetzes- und Gewohnheitsrecht) dem Landesprivatrecht (Gesetzes- und Gewohnheitsrecht) vor. Will man den Art. 2 in dieser Frage nicht als entscheidend gelten lassen[2], so käme es auf die Auslegung der einzelnen Reichsgesetze, hier des BGB. und des EG. zum BGB. an. Auch dann ergiebt sich der Satz: Alles Landesprivatrecht ist mit der Geltung des Bürgerlichen Gesetzbuches aufgehoben und für die Zukunft ausgeschlossen (EG. Art. 55). Dieses Prinzip gilt aber nicht ausnahmslos. Das Bürgerliche Gesetzbuch und das Einführungsgesetz zu diesem haben der *Landesgesetzgebung bestimmte Gebiete des Privatrechtes vorbehalten*:

A. Der Vorbehalt konservirt für Vergangenheit und Zukunft das Landesprivatrecht hauptsächlich auf folgenden Gebieten[3]: Verhältnisse der landesherrlichen und der Familien des hohen Adels, Gesinderecht, Lehnrecht, Familienfideikommiß- und Stammgüterrecht, Rentengüterrecht, Bäuerliches- und Agrarrecht mit dem Anerbenrecht, Wasserrecht, Berg-, Fischerei-, Jagdrecht, Recht der Regalien, Zwangs-, Bann-, Realgewerbeberechtigungen, Versicherungs-, Verlagsrecht ꝛc.

Der Vorbehalt versteht sich natürlich nur in dem Umfange, in dem er durch das Gesetzbuch gewährt ist. Die einzelnen Fälle und die Einschränkungen sind im System zu erwähnen. Derartige Vorbehalte kannte auch die fragmentarische Gesetzgebung des Reiches schon.

---

[1] Praktische Bedeutung: CPO. §§ 293. 549.

[2] So Hänel, Staatsrecht I, S. 250 ff.

[3] EG. Art. 56–152. Für das Pandektenrecht kommen insbesondere in Betracht Art. 65. 124. Vgl. Kuhlenbeck, S. 6 f. Zu EG. Art. 141 im Verh. zu 2231: Stammler, D. Jur. Ztg. 1897, S. 434 ff. Bruck, Archiv f. bürg. Recht, Bd. 14 (1898), S. 219 ff.

Digitized by Google

B. Auf dem vorbehaltenen Gebiete bleibt gegenüber dem BGB. das Landesprivatrecht bestehen, und es kann sich hier neues Landesprivatrecht durch Gesetz, Gewohnheit, Verordnung bilden. Ob das Gleiche gegenüber sonstigen Reichsgesetzen der Fall ist, ergiebt sich aus diesen Reichsgesetzen.

C. Auf dem vorbehaltenen Gebiete kommt das BGB. mit dem EG. zur Anwendung, soweit das Landesrecht auf das beseitigte bürgerliche Recht verweist und nicht selbst abweichende Vorschriften für die vorbehaltenen Materien enthält (EG. Art. 4)[1].

D. Soweit das Landesprivatrecht durch die Reichsgesetzgebung ausgeschlossen ist, ist es auch das Landes-Gewohnheitsrecht einschließlich der landesrechtlichen Observanzen, mag es einem zwingenden oder ergänzenden Reichsrechte gegenübertreten, oder mag es Reichsrecht abändern oder nur ergänzen. Es folgt das, wenn nicht aus der Auslegung des Art. 2 der Reichsverfassung, so aus EG. Art. 2. 3. 32 u. 55, die eine Ueberordnung der Reichsprivatrechtsordnung über die Landesprivatrechtsordnung statuiren[2].

E. Bestritten ist, ob das durch die Reichsgesetzgebung in den Reichslanden geschaffene Recht Reichsrecht oder Landesrecht ist. Während es Einige als Reichsrecht (Cosack), andere als Landesrecht (Endemann) auffassen, soll es nach einer dritten Ansicht (Aron) auf Prüfung im einzelnen Fall ankommen.

IV. Allgemeines Recht.

Das Recht verschiedener selbständiger Rechtsgemeinschaften, mögen sie unter einem höheren Verbande vereinigt sein, wie die deutschen Bundesstaaten, oder nicht, kann materiell, inhaltlich übereinstimmen. Soweit diese Uebereinstimmung vorliegt, ist das Recht ein allgemeines der betreffenden Gemeinschaften.

---

[1] Vgl. Mecklenb. (Schwer. Strel.) A.V. z. BGB. § 2. Dazu Langfeld, S. 16 f. Sachsen-Weim. AG. z. BGB. § 2. Bad. AG. z. BGB. Art. 3. Braunschweig AG. z. BGB. § 1.

[2] So Endemann, a. a. O. Eck, a. a. O., Planck, Kommentar I, S. 34 f. Kuhlenbeck I, S. 12, Börner, Sächs. Arch. Bd. 8, S. 24 f. und bes. Crome, Jahrb. f. Dogm., Bd. 39 (1898), S. 322 ff. A. M. Cosack, § 10. Hellmann, Krit. V. J. Schr. Bd. 40 (1898) S. 178 f., 190 f. Krückmann, § 167 und Derselbe, Jahrb. f. Dogm., Bd. 38 (1898), S. 191 ff. Nach K. soll das partikuläre Gew.-R. das BGB. ergänzen, soweit es dispositive Vorschriften aufstellt, abändern und aufheben, ja selbst seine zwingenden Vorschriften in gewissem Umfange abändern, nur nicht aufheben können. — M. E. scheitert jede solche Geltung des partikulären Gew.-R. an dem klaren Sinne des EG. Art. 3. Vgl. die Widerlegung K.'s bei Crome, a. a. O.

Digitized by Google

§ 8.

b. Formulirung und Inhalt der Rechtssätze[1].

Jeder Rechtsvorschrift ist eigenthümlich, daß sie in erster Linie eine Gewährleistung ausspricht und diese in zweiter Linie durch Pflichtgebot sichert. Für den Charakter einer Vorschrift als Rechtsvorschrift ist allein entscheidend, daß sie diesen Inhalt hat; es ist gleichgültig, in welcher Form sie erscheint. Die Rechtsvorschrift kann formell lediglich die Gewährleistung zum Ausdruck bringen (gewährende, erlaubende, ermächtigende Rechtsvorschriften) oder die Pflicht betonen (verbietende, gebietende Rechtssätze), oder die Rechtsvorschrift kann sich auch neutral verhalten und in der Form eines wissenschaftlichen Lehrsatzes erscheinen (begriffsentwickelnde Vorschriften).

A. Der Gegensatz von verbietenden, gebietenden und erlaubenden Rechtssätzen gewinnt aber materielle Bedeutung, insofern das um der Berechtigung willen bestehende Gebot sich an den Willen bestimmter Personen wendet. Der gebietende Rechtssatz will bestimmte Handlungen hervorrufen, der verbietende solche abwehren. Dem gebietenden Rechtssatz entspricht die Berechtigung auf eine positive Handlung, dem verbietenden die Berechtigung auf eine Unterlassung. Der erlaubende Rechtssatz will in erster Linie bestimmte Handlungen ermöglichen; ihm entspricht die negative Pflicht zur Unterlassung der Hinderung. Welchen Inhalt im einzelnen Falle die Berechtigung hat, wie sie zur Entstehung gelangt und wann sie wieder fortfällt, bestimmen die gebietenden, verbietenden oder erlaubenden Rechtssätze entweder selbst oder andere, die sich auf diese Rechtssätze beziehen. Alle diese Rechtssätze werden als bejahende zusammengefaßt, weil sie eine Berechtigung zur Entstehung bringen.

B. Den bejahenden Rechtssätzen stehen die verneinenden gegenüber. Sie haben lediglich den Inhalt, daß einem Thatbestande, an den sich eine Berechtigung nach anderen Rechtssätzen anknüpfen würde, diese Bedeutung ganz oder in beschränktem Umfange versagt wird.

C. Tritt das Recht bestimmten Handlungen mit Verboten entgegen, so kann es der dennoch vorgenommenen Handlung jegliche

[1] Litteratur: 1891: Hölder, Gierke, D. Priv.-R. I, § 16. 1899: Pandekten I, § 11. 1898: Regelsberger I, § 27. 1894: Bierling, Endemann I, § 9. Cosack I, § 8. Krückmann, § 166, III. Jur. Prinzipienlehre I, § 5. 1895:

Digitized by Google

privatrechtliche Wirkung entziehen (z. B. 134; ferner alle im BGB. aufgestellten sog. „Muß"-Vorschriften) oder ihr diese Wirkung zwar belassen, aber andere Folgen (Anfechtbarkeit, Strafe) an die verbotswidrige Handlung anknüpfen. Der verbotswidrigen Handlung steht die in fraudem legis, d. i. die zur Umgehung des Verbotes vorgenommene Handlung gleich. Ob in der Verhängung öffentlicher Strafe auch Entziehung der privatrechtlichen Wirksamkeit liegt, ist eine Auslegungsfrage.

§ 9.

c. Oeffentliches und bürgerliches Recht[1].

I. Die Abgrenzung.

Das römische Recht verstand unter dem jus publicum im Gegensatze zum jus privatum das gesammte Recht, das die Rechtsverhältnisse des Staates regelt. Das Privatrecht war dagegen das Recht, welches für die Rechtsverhältnisse der Privatpersonen normirt. Diese Abgrenzung ist heut sicher unzutreffend. Sie geht lediglich vom Subjekte der einzelnen Rechtsverhältnisse aus. Die Verschiedenheit der Subjekte ist aber heute nicht entscheidend, weil der Staat und der Private sowohl in öffentlichen wie in privaten Rechtsverhältnissen steht. Auch die Qualität des geschützten Interesses (allgemeines — Sonderinteresse) ist nicht entscheidend, weil die Privatrechtsnormen auch allgemeine Interessen zu schützen bestimmt sind. Es kommt vielmehr darauf an, in welcher Eigenschaft die Subjekte in den einzelnen Rechtsverhältnissen betheiligt sind. Macht sich in dem einzelnen Rechtsverhältnisse die Rechtsgemeinschaft als selbständige und ihre Glieder umfassende Organisation anderen Rechtsgemeinschaften oder ihren Gliedern gegenüber mit ihrer Selbständigkeit und Ueberordnung, oder macht sich der Einzelne in seiner Angehörigkeit an die Organisation geltend, so ist das Rechtsverhältniß ein öffentliches und die dieses regelnden Normen sind öffentlichrechtliche. Dem öffentlichen Recht weisen wir daher

[1] Litteratur: 1871: Hölder, Pandekten I, §§ 1. 12. 1893: Regelsberger I, § 28. 1894: Bierling, Jur. Prinzipienlehre I, § 19. 1895: Gierke, D. Priv.-R. I, § 4. 1896: Stobbe-Lehmann II, 1, §§ 73. 74. Halbey, Verwaltungsarchiv, Bd. 4. S. 129 ff. bes. 164 f. 1897: Monich, Zeitschr. f. d. Civilproz., Bd. 23, S. 407 ff. 1898: Goldmann-Lilienthal, S. 1. Enneccerus-Lehmann I, § 4. Kuhlenbeck, Von den Pandekten I, S. 2 ff. Weyl I, S. 32 f. 1899: Endemann I, § 6. Cosack I, § 2. Krückmann, § 1. Triepel, Völkerrecht und Landesrecht.

Digitized by Google

zu das Völkerrecht, Staatsrecht, Kirchenrecht, Strafrecht, Prozeßrecht. Wo dagegen das Subjekt an dem betreffenden Rechtsverhältnisse in erster Linie als Einzelwesen betheiligt ist, beginnt das Gebiet des Privatrechtes. In dieser Weise kann auch die Rechtsgemeinschaft selbst an den Rechtsverhältnissen betheiligt sein.

II. Die Nothwendigkeit der Abgrenzung[1].

Ob ein öffentlichrechtliches oder privatrechtliches Verhältniß, öffentliches oder Privatrecht vorliegt, kann immer nur aus der positiven Rechtsordnung entnommen werden, die hierbei geleitet wird von allgemeinen Auffassungen über die Grenzziehung zwischen der individuellen Sphäre des Einzelnen und dem Gebiete der Gemeinschaft. Daraus erklärt sich, daß in den verschiedenen geschichtlichen Rechtsordnungen ein und dasselbe Lebensverhältniß hier als öffentlichrechtliches, dort als privatrechtliches Rechtsverhältniß erscheint (z. B. die Behandlung des Diebstahles im römischen und heutigen Recht) und daß mitunter der Gegensatz selbst, wie z. B. im deutschen Rechte, nicht scharf hervortritt. Die Schwierigkeit der Entscheidung besteht auch für das moderne Recht. Zwar bestimmt das moderne Recht öfters, daß über die aus einem Rechtsverhältnisse sich ergebenden Ansprüche im Wege des Civilprozesses zu entscheiden ist; in solchen Fällen ist aber über die Natur der normirenden Rechtsvorschriften noch keine sichere Entscheidung getroffen; denn der Weg des Civilprozesses ist positiv auch für öffentlichrechtliche Verhältnisse und der dem öffentlichen Recht eigenthümliche Rechtsschutz auch für privatrechtliche Verhältnisse eröffnet. Nun verliert solchen positiven Anordnungen gegenüber die Frage nach der Natur der Rechtsnorm an praktischer Bedeutung, weil besonders dann, wenn die Zulässigkeit des Rechtsweges fraglich ist, die Vorfrage nach der Natur des Rechtes beantwortet werden muß (GVG. § 13)[2]. Die Frage kommt aber auch dem BGB. gegenüber zur Geltung, welches das Landesrecht aufhebt, soweit es „privatrechtliche Vorschriften" enthält (EG. Art. 55). Die Frage wird aus dem BGB. und dem E.G. bez. dem Landesrecht zu beantworten sein[3]. Im Zweifel wird aber auch hier das unter I. aufgestellte Abgrenzungsprinzip zur Anwendung kommen (vgl. Bd. I, § 7. III.).

---

[1] Vgl. besonders Gierke, D. Priv.-R. I, § 4.

[2] Menzel, Arch. f. bürg. R., Bd. 1 (1889), S. 327 ff.

[3] Die Ansichten gehen auseinander. Vgl. Aron, Sächs. Arch. Bd. 6 (1896) S. 337. Cosack I, § 9, II. Endemann I, S. 60 f.

Digitized by Google

III. Selbstverständlich stehen die private und öffentliche Rechtsordnung eines Rechtsgebietes in engstem Zusammenhange und in Wechselwirkung. Die Vorschriften der einen Ordnung bilden vielfach die Voraussetzungen der Vorschriften der anderen. Die Aenderung der Privatrechtsordnung ist daher auch von Bedeutung für das öffentliche Recht[1].

§ 10.

d. Rechtsvorschrift und Parteiwille[2].

I. Auf dem Gebiete des Privatrechtes gilt das Prinzip der Parteiwillkür, d. h. der freien Regelung der Rechtsverhältnisse durch die Parteien. Das Recht tritt mit seinen Vorschriften nur für den Fall ein, daß die Parteien eine Regelung unterließen und soweit sie sie unterließen; es ist *ergänzendes, dispositives, bedingtes Recht*. Dieses Prinzip wird aber aus rechtspolitischen Erwägungen, bei denen betheiligte allgemeine Interessen, die Sicherheit des Rechtsverkehres, der Schutz der Parteien selbst, eine Rolle spielen, durchbrochen. Die Rechtsvorschriften normiren dann unbedingt, und die Parteiwillkür kann nichts Abweichendes festsetzen. *Dieses Recht ist zwingendes Recht, jus cogens*. Der Gegensatz berührt sich mit dem des öffentlichen und bürgerlichen Rechtes. Im Gebiete des öffentlichen Rechtes gilt der zwingende Charakter als Regel, der ergänzende als Ausnahme (z. B. im Civilprozeßrecht).

II. *Wann ergänzende oder zwingende Rechtsvorschrift vorliegt*, ist lediglich Auslegungsfrage. Die Vorschrift kann sich ausdrücklich oder stillschweigend den einen oder anderen Charakter beilegen. Das gilt auch für das BGB.: es führt sowohl den zwingenden[3] wie den ergänzenden[4] Rechtssatz mit bestimmten

[1] Vgl. Schepp, das öffentliche Recht im BGB. (1899).

[2] *Materialien*: M. I. S. 17 f.

Litteratur: **1891**: Hölder, Pandekten I, § 12. **1893**: Regelsberger I, § 32. **1894**: Bierling: Jur. Prinzipienlehre I, S. 137 ff. **1895**: Gierke, D. Privat.-R. I, § 16. **1897**: Planck, Kommentar I, S. 21 f. Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren, S. 57 f. 72 ff. Danz, die Auslegung, bes. S. 12 ff. **1898**: Kuhlenbeck, Von den Pandekten I, S. 27 ff. Danz, Jahrb. f. Dogm., Bd. 38, S. 389 ff. **1899**: Endemann I, § 8. Cosack I, § 8. Krückmann §§ 166, 169. Ehrlich, das zwingende und nicht zwingende R. im BGB. Reuterskiöld, Über Rechtsauslegung (S.A.) S. 69 f. Hellmann, Krit. V. J. Schr. Bd. 41. S. 230 ff.

[3] Vgl. **15. 1518. 248**, Abs. 1. **1258**, Abs. 1. 2. **1023**, Abs. 2. u. a.

[4] Vgl. **30. 1030**, Abs. 2, **503. 1432. 1092. 1430**, Abs. 2. **1284** u. a.

Digitized by Google

Wendungen ein; die Sprache des Gesetzes ist aber keine feste, und in anderen Fällen fehlt es im Gesetz an einer Andeutung des Charakters der Rechtsnorm. In solchen Zweifelsfällen wird man sich wegen des Prinzipes der Freiheit der Parteiwillkür für die ergänzende Natur des Rechtssatzes zu entscheiden haben.

III. Der ergänzende Rechtssatz unterscheidet sich von der Auslegungsregel. Der erstere hat zur Voraussetzung, daß keine Bestimmung der Parteien, weder eine ausdrückliche noch stillschweigende, vorhanden ist, daß es also an einem Objekte für die Auslegung gänzlich fehlt. Die Auslegungsregel dagegen greift ein, wenn stillschweigende oder ausdrückliche Willenserklärungen und Bestimmungen der Parteien über einen bestimmten Rechtserfolg vorliegen und nur ihre Deutung im Zweifel bleibt[1]. Ob eine Rechtsvorschrift Auslegungsregel oder ergänzender Rechtssatz ist, ist Auslegungsfrage. Dem BGB. gegenüber ist sie dadurch erschwert, daß die Auslegungsregel nicht immer zweifellos als solche bezeichnet ist, daß sie häufig in derselben Weise („im Zweifel") sich andeutet wie der ergänzende Rechtssatz, daß ein und derselbe Satz die Funktion der Auslegungsregel und des ergänzenden Rechtssatzes dem Willen des Gesetzgebers gemäß übernimmt (2068. 2069. 2070). Auch darin rücken beide nahe aneinander, daß inhaltlich beide auf diejenige Regelung abzielen, die der Gesetzgeber bei solchen Verhältnissen allgemein für die richtige erachtet[2].

§ 11.

e. Rechtsvorschrift und Gerechtigkeit[3].

Wir stellen an die Rechtsordnung die Forderung, daß sie gerecht sei, daß sie dem gemeinschaftlichen Leben der Rechtsgenossen eine

[1] Auch Rechtssätze können zu anderen Rechtsvorschriften in dem Verhältniß von ergänzendem Rechtssatz oder Auslegungsregel stehen. Stammler, a. a. O., S. 58. Planck, a. a. O. S. 22.

[2] A. M. Stammler, a. a. O., S. 82. Die Auslegungsregel soll dem vorhandenen Willen der Parteien, soweit nur thunlich, entsprechen und das wirklich Gewollte klären. Das ist richtig; aber diese Klärung erfolgt eben dadurch, daß dem unklaren Willensausdruck das „objektiv Richtige" untergelegt wird. Vgl. Planck, a. a. O., S. 22. Hellmann, a. a. O.

[3] Materialien: M. I. S. 18 f.

Litteratur: 1890: Reinhold, Gruch. Beitr. Bd. 34, S. 521 f. 1891: Hölder, Pandekten I, §§ 13. 14. 1893: Regelsberger I, §§ 11. 30. 31. 1894: Bierling, Jur. Prinzipienlehre I, §§ 3. 8. 1895: Gierke, D. Priv.-R. I, § 15. Oppenheim, Gerechtigkeit und Gesetz. 1897: Sturm, Die Lehre von der Geschäftsführung

Digitized by Google

Regelung gebe, bei der die Einzelinteressen die Beachtung und Berücksichtigung finden, die ihnen nach den geschichtlich wechselnden Durchschnittsauffassungen über das der Wahrheit, Moral und Sitte Entsprechende zukommt. Die Rechtsordnung vermag aber dieser Forderung immer nur annähernd gerecht zu werden, wenn sie die ihr eigenthümliche Aufgabe, eine feste äußere Ordnung des gemeinschaftlichen Lebens zu schaffen, nicht verfehlen soll. Die Wege, auf denen die positive Rechtsordnung dem Gerechtigkeitsideal nahezukommen sucht, sind verschieden.

I. Das Recht kann in seinen Vorschriften der unendlichen Mannigfaltigkeit der Einzelerscheinungen nur durch Aufstellung umfassenderer Regeln, welche ganze Gattungen von Einzelerscheinungen umschließen, gerecht werden (jus commune). Die darin liegende Nichtbeachtung der Eigenthümlichkeiten der Art innerhalb der Gattung kann das Recht selbst gutmachen, indem es für die Art einen Sonderrechtssatz (jus singulare) aufstellt. Das Sonderrecht kann für eine Art von Personen, Sachen, Rechtsgeschäften, Rechtsverhältnissen normiren.

II. In seltenen Fällen kann es eine Forderung der Gerechtigkeit sein, daß das Recht für eine Einzelerscheinung (individuelle Person, Sache, Rechtsgeschäft, Rechtsverhältniß) eine lediglich diese treffende Rechtsvorschrift giebt (jus speciale, privilegium odiosum oder favorabile, Individualrechtssatz). Die Rechtsregel (jus generale), die alle Einzelerscheinungen, welche unter die Gattung oder Art fallen, ergreift, ist dann für diesen Fall unanwendbar.

III. In umfassender Weise entspricht die Rechtsordnung dem Gerechtigkeitsideale, wenn sie ihren Vorschriften eine allgemeine Fassung giebt, zugleich aber durch Hinweis auf Billigkeit, Treue und Glauben, die Verkehrssitte, die Umstände des Falles, das Gemeinwohl, das Parteiwohl und die Verhältnisse der Parteien den Richter anweist, die den Eigenthümlichkeiten der Einzelerscheinung angemessene Entscheidung zu treffen[1]. In solchen Fällen wird die Billigkeit nicht

ohne Auftrag nach d. BGB. §§ 2—6. 1898: Schellhas, Was fordert unsere Zeit vom Richterstand und der Rechtspflege? (2. Aufl.) Fuld, Bl. für Rechtspflege in Thür. N. F. Bd. 25, S. 97 ff. Weyl I, §§ 8. 9. 1899: Endemann I, § 11. Krückmann, § 166. Hachenburg, Das BGB. (2. A.) S. 7 ff. Steinbach, D. Jur. Zeitg. Jahrg. 4. S. 47 ff. Dernburg, Das bürgerl. R. II §§ 9. 10.

[1] BGB. 5. 43. 87. 157. 162. 226. 242. 315. 317. 319. 320. 660. 815. 1029. 1300 u. a.

Digitized by Google

Rechtsquelle weder über noch neben dem Gesetz, sondern Rechtsquelle bleibt das Gesetz allein, welches das Prinzip der Billigkeit ꝛc. in sich aufgenommen hat, und zwar in der Begrenzung, die sich aus dem Gesetze ergiebt[1]. Dem Richter ist keineswegs eine Entscheidung nach subjektivem Billigkeitsgefühl übertragen. Solche Rechtsvorschriften, die dem Richter die Berücksichtigung der berechtigten Eigenthümlichkeiten des Falles gestatten, nennen wir billiges Recht (jus aequum), solche, die das nicht gestatten, strenges Recht (jus strictum). Das billige Recht stellt an den Richter hohe Anforderungen, daher in zurückliegenden Zeiten der Rechtsentwicklung ein Vorherrschen des strengen Rechtes. Aber auch bei fortgeschrittener Entwicklung führen rechtspolitische Erwägungen zu strengem Rechte (Bd. I, § 4).

IV. Auch in der Anerkennung des Grundsatzes der Parteiwillkür (Bd. I, § 10) liegt ein wesentlicher Fortschritt zur Verwirklichung des Rechtsideals.

§ 12.

Die Rechtsanwendung und die Rechtsauslegung[2].

I. Die Rechtsanwendung schließt in sich die Feststellung Dessen, was im konkreten Falle dem Rechte gemäß ist und, soweit

[1] Sturm, Die Lehre von der Geschäftsführung ohne Auftrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich (1897), §§ 4. 5, unterscheidet zwischen den Fällen, in denen das Gesetz auf die Billigkeit verweist, und den Vorschriften, die auf Billigkeit beruhen, deren legislatorisches Grundprinzip die Billigkeit ist. In den ersteren Fällen soll die Billigkeit Rechtsquelle für den Richter neben dem Gesetze sein. Dem ist nicht zuzustimmen. Der Richter hat auch hier nur soweit nach Billigkeit zu urtheilen, als diese eben aus dem Gesetze sich ergiebt. Aehnliche Auffassungen wie Sturm vertritt Danz, Jahrb. f. Dogm., Bd. 38 (1898), S. 373 ff.

[2] Materialien: M. I. S. 14 ff. 23. P. I. S. 2.

Litteratur: 1888: Bähr, Zur Beurtheilung, S. 10. Klöppel, Gruch. Beitr., Bd. 32, S. 627 ff. Hölder, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 73, S. 7 ff. Hartmann, ebenda, S. 325. Schilling, Aphorismen, S. 19 ff. Zródlowski, Kodifikationsfragen, S. 41. 1889: Gierke, Der Entwurf, S. 119 ff. Goldschmidt, Krit. Erörterungen, S. 55 ff. Menger, Arch. f. sociale Gesetzgebung und Statistik, Bd. 2, S. 16 f. Dickel, Das Bürgerl. Gesetzbuch f. Montenegro ꝛc., S. 36 f. Jacoby, Annalen des D. Reiches, S. 294 f. Esser, Die derogator. Kraft des Gewohnheitsrechtes, S. 63. 1890: Reinhold, Gruch. Beitr., Bd. 34, S. 517 ff. Stolterfoth, Beiträge, S. 24 f. Rocholl, Vorschläge, S. 3. Schuppe, Das Gewohnheitsrecht, S. 158 ff. 1891: Hölder, Pandekten I, §§ 8—10. 1893: Regelsberger I, §§ 33—38. 1895: Zernik, Begriff und Voraussetzungen der extensiven Auslegung und der Analogie (Diss.). Gierke, D. Priv.-R. I, §§ 18. 21. 1897: Affolter, Arch.

Digitized by Google

nothwendig, die Durchführung dieser Feststellung im Zwangswege (Urtheil, Zwangsvollstreckung). Der konkrete Thatbestand (quaestio facti) wird dem Richter nach heutigem Prozeßrecht durch die Parteien gegeben und eventuell bewiesen. Die Feststellung Dessen, was Rechtens ist, erfolgt durch den Richter von Amts wegen. Er hat das Recht zu kennen (jura novit curia). Diesen Grundsatz hielt die Glosse[1] beim Gewohnheitsrechte für unanwendbar und stellte es dem konkreten Thatbestande hinsichtlich der Feststellung gleich. Eingeschränkt ist der Grundsatz in der CPO. Der Richter kann gemäß CPO. 293, nur wenn in einem andern Staate geltendes Recht, Gewohnheitsrecht oder Statuten in Frage stehen, eine diese Rechtsvorschriften in ihrer äußeren Erscheinungsform nachweisende Thätigkeit der Parteien verlangen, die nicht unter den Grundsätzen des civilprozessualen Thatsachen-Beweises steht.

Ehe der Richter das Urtheil spricht, d. h. die Rechtsfolgen des Gesetzes über den konkreten Thatbestand ausspricht, hat er zu prüfen, ob der fragliche Rechtssatz auch Rechtssatz ist, d. h. auf einer Rechtsquelle (Gesetz, Gewohnheit) beruht. Das richterliche Prüfungsrecht erstreckt sich grundsätzlich auf alle Voraussetzungen der Geltung des Gesetzes (Rechtsgültigkeit der Verkündung, Gegenzeichnung ꝛc.), besonders auch auf die in dem Verhältniß von Reichs- und Landesrecht und in den Schranken des Verordnungsrechtes liegenden Voraussetzungen. Der Richter wird auch zu prüfen haben, ob der Rechtssatz noch gilt. Seiner Prüfung unterliegen aber nicht die inneren Vorgänge in den gesetzgebenden Versammlungen (Legitimation der Mitglieder, Beschlußfähigkeit, Abstimmung), die anderen Organen zur definitiven Erledigung überwiesen sind. Allgemein hängt das richterliche Prüfungsrecht von dem Verfassungsrechte ab. Die Reichsverfassung (Art. 2, 17) schneidet dem Richter gegenüber der Ausfertigung des Gesetzes die Prüfung der Legalität nicht ab[2]. Soweit ein Prüfungsrecht besteht, besteht auch die Prüfungspflicht, nur kann sich der Richter bei der formell richtigen Publikation beruhigen.

---

f. öff. Recht Bd. 12, S. 23 ff. Danz, Die Auslegung im Recht. 1898: Danz, Jahrb. f. Dogmat. Bd. 39, S. 373 ff. Hölder: Die Auslegung des d. BGB. (Rede). Kuhlenbeck, Von den Pandekten, S. 16 ff. Enneccerus-Lehmann I, § 5. Goldmann-Lilienthal, S. 28. Leske, S. 25 f. Weyl I, S. 96 f. 1899: Endemann I, §§ 10. 11. Cosack I, § 11. Krückmann, § 169. Reuterskiöld, Ueber Rechtsauslegung (S.A.). Stölzel, Rechtslehre und Rechtsprechung. Dernburg, Das bürgerl. Recht II §§ 9. 10. Hölder, Komment. Einl. S. 15 ff.

[1] Gl. „probatis his“ zur L 1 C. quae sit longa consuetud. (8, 52).

[2] Vgl. Kuhlenbeck, Rechtsprechung I (1895), S. 3 ff. Heilfron, Lehrb. des bürg. R. I, S. 33 f.

Digitized by Google

Nach Feststellung der Legalität kommt es zur Kritik und Auslegung des Rechtssatzes.

II. Die Kritik hat die Aufgabe, den echten Wortlaut des Rechtssatzes festzustellen. Auch in modernen Gesetzen können Druckfehler, d. h. Entstellungen des fehlerlosen Textes, und Redaktionsversehen, die in den Werdegang des Gesetzes fallen, die Echtheit des Textes aufheben[1]. Soweit die Kritik, was besonders für das corpus juris in Frage stand, mit handschriftlicher Ueberlieferung arbeitet, spricht man von diplomatischer oder niederer Kritik, soweit die Textfeststellung auf anderen Grundlagen fußt, von höherer, Konjekturalkritik.

III. Die Auslegung (Interpretation) hat den Inhalt des Rechtssatzes, sowohl des gesetzlichen wie des gewohnheitsrechtlichen, zu ermitteln (objektive Auffassung), nicht den Inhalt des Gesetzgeberwillens (subjektive Auffassung). Der Richter und der Verwaltungsbeamte treiben die Auslegung zum Zwecke der Rechtsanwendung (Rechtsprechung, Verwaltung, Kautelarjurisprudenz), der Theoretiker legt das Recht aus, um der wissenschaftlichen Erkenntniß willen (Rechtswissenschaft). Bei beiden hat sie den gleichen Charakter, beide arbeiten mit den gleichen Mitteln (doktrinelle Auslegung). Sie unterscheidet sich von der Legalinterpretation, die authentische Interpretation ist, wenn ein neues Gesetz lediglich den Sinn eines älteren Rechtssatzes, usuelle, wenn die Deutung älterer Rechtssätze durch neues Gewohnheitsrecht erfolgt. Die Legalinterpretation ist neue Rechtsbildung, ihr Resultat also unabhängig von seiner materiellen Richtigkeit, während das Resultat der doktrinellen Interpretation abhängig ist von seiner materiellen Richtigkeit und nur aus Gründen der Rechtspolitik im rechtskräftigen richterlichen Urtheil und in den Urtheilen der höchsten Gerichte[2] eine beschränkte formale Autorität zu gewinnen vermag.

A. Die Mittel der Auslegung. Als nächstliegendes Mittel bieten sich die Regeln des Sprachgebrauches, der Grammatik (grammatische Auslegung); sie fördert den Wortsinn. Bei diesem hat sich der Auslegende niemals zu beruhigen, er ist vielmehr nach allgemeinen Denkregeln zu prüfen (logische Auslegung). Momente,

[1] Vgl. Lüdemann, Arch. f. öff. R. Bd. 14 (1899) S. 145 ff. (Amtliche Berichtigungen von Redaktionsversehen binden den Richter nicht.)

[2] Vgl. GVG. § 137. Im Interesse der Gleichförmigkeit der Rechtspflege werden Differenzen unter den Senaten des Reichsgerichtes durch die vereinigten Civil- oder Strafsenate bez. durch das Plenum erledigt.

Digitized by Google

die hier Bedeutung gewinnen können, sind: die Beziehung des Rechtssatzes zu anderen Rechtssätzen, die geschichtlichen Voraussetzungen und die Veranlassung seiner Entstehung (occasio legis), sein Zweck, das höhere Prinzip der Rechtsordnung, die Natur des geregelten Verhältnisses. Auch das argumentum a contrario gehört hierher. Durch die dem Gesetze beigegebenen Motive oder sonstigen Materialien ist die Auslegung niemals gebunden. Dagegen kann das Gesetz dem Richter Auslegungsvorschriften an die Hand geben, allgemeine (133) oder besondere (186—193). Indem die logische Auslegung das Resultat der grammatischen prüft, ergiebt sich in den Hauptfällen entweder eine Bestätigung des Wortsinnes (bestätigende Auslegung), oder eine Klarstellung, oder Ergänzung des unklaren, mehrdeutigen oder lückenhaften Wortsinnes (deklarirende Auslegung), oder eine materielle Einschränkung des Wortsinnes (restriktive Auslegung), oder endlich eine materielle Ausdehnung des Wortsinnes (extensive Auslegung).

B. Das Endziel der Auslegung (Analogie). Die Wissenschaft wird niemals bei der Feststellung des nächstliegenden Inhaltes des Rechtssatzes stehenbleiben dürfen. Auch der Richter wird unter Umständen gehalten sein, den vollen Inhalt des Rechtssatzes zu ermitteln. Es kann der Fall eintreten, daß der Richter in der Rechtsordnung keinen Rechtssatz findet, dessen nächstliegender Inhalt den konkreten Thatbestand begreift. Hier gewinnt es Bedeutung,

1. daß der Rechtssatz zugleich auch eine Regelung aller derjenigen Fälle enthält, die mit den von seinem nächstliegenden Inhalte umfaßten Wesensgleichheit besitzen. Diesen allgemeinen Inhalt des Rechtssatzes hat der Richter gegebenen Falles durch Auslegung festzustellen und im Urtheile zu verwerthen (Gesetzesanalogie);

2. jeder Rechtssatz ist aber auch organischer Bestandtheil der gesammten positiven Rechtsordnung. Die Auslegung darf daher auch nicht stehenbleiben bei der Festlegung des nächsthöheren Prinzipes, das im Einzelrechtssatze enthalten ist, sondern muß die letzten höchsten Prinzipien der gesammten Rechtsordnung, wie sie sich aus der logischen Beziehung der Einzelrechtssätze zu einander (System) ergeben, ermitteln. Auch diese höchsten Prinzipien sind in der Rechtsordnung enthaltene Rechtssätze, die der Richter anzuwenden hat (Rechtsanalogie).

Hieraus ergeben sich wichtige Folgerungen:

a. Das positive Recht ist lückenlos. Der Richter kann niemals die Entscheidung mit Berufung auf Lücken seines Rechtes ablehnen; eines besonderen Verbotes des Gesetzgebers bedarf es nicht. Andrer-

Digitized by Google

seits bedarf der Richter auch keiner besonderen gesetzlichen Legitimation zur Analogie.

b. Gesetzesanalogie und Rechtsanalogie sind von einander nicht begrifflich geschieden, und beide sind nur Auslegung, nicht Rechtsschöpfung, auch nicht Rechtsfindung, wenn damit ein Mittelding zwischen Auslegung und Rechtsschöpfung bezeichnet sein soll[1]. Die Analogie unterscheidet sich von andrer Auslegung nur durch ihre größere Intensität. Die extensive Auslegung unterscheidet sich von der Analogie nur darin, daß die erstere den nächstliegenden Inhalt des Rechtssatzes als einen umfassenderen erweist, als der Wortsinn erkennen läßt, während die Analogie den Inhalt des Rechtssatzes oder der Rechtsordnung erschöpft.

c. Die Mittel der Analogie sind die der Auslegung. Der Richter schöpft hier weder aus seiner subjektiven Vernunft, noch aus der Natur der Sache, sondern aus dem Rechtssatze und der Rechtsordnung. Die Natur der Sache spielt keine andere Rolle als bei der Auslegung überhaupt, nämlich als Natur der Sache im Sinne der Rechtsordnung.

§ 13.

Das zeitliche Herrschaftsgebiet der Privatrechtsvorschriften[2].

Es handelt sich um zwei Fragen: Von wann an bis zu welchem Zeitpunkte gilt eine Rechtsvorschrift (Gesetz, Gewohnheitsrechtssatz)?

---

[1] So Regelsberger I, S. 160. Vgl. auch Reuterskiöld, a. a. O. S. 69 ff.

[2] Materialien: M. I. S. 14. 19 ff. II, S. 21. M. z. EG. S. 235 ff. P. I. S. 618 f. VI. S. 358 ff.

Litteratur: 1888: Hölder, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 73, S. 8. Zróblowski, Kodifikationsfragen, S. 40 f. Klöppel, Gruch. Beitr., Bd. 32, S. 631 f. 1889: Gierke, Der Entwurf, S. 118. 134. 1890: Hartmann, GA. S. 1267 ff. Rocholl, Vorschläge, S. 5 f. 1891: Hölder, Pandekten I, §§ 15. 16. 1893: Regelsberger I, §§ 26. 47. 48. 1894: Bierling, Jur. Prinzipienlehre I, § 7. 1895: Gierke, D. Priv.-R. I, §§ 22–24. Kuhlenbeck, Rechtsprechung I, S. 30 ff. 1897: Bauke, Rechtswissenschaftliche Untersuchungen, S. 261 ff. Bunsen I, S. 10 ff. 1898: Kuhlenbeck, Von den Pandekten I, S. 33 ff. Enneccerus-Lehmann I, §§ 3. 7. 15. 28. 44. Oertmann, Arch. f. öffentl. R. Bd. 13, S. 1 ff. Fuchs, A., Das d. Vormundschaftsrecht, § 74. Müller, Sächs. Arch. Bd. 8, S. 7 ff. 16 ff. Goldmann-Lilienthal, S. 2 ff. 6 ff. 29. Leske, S. 7 ff. 18 ff. 26. Weyl I, § 4. II, § 334. Fränkel, D. Jur. Zeitg., Jahrg. 3, 96 f. Stadthagen, ebenda, S. 185 f. 1899: Lehmann, Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. Bd. 48, S. 1 ff. Habicht, Die Einwirkung des BGB. auf zuvorentstandene Rechtsverhältnisse. Endemann I, §§ 14. 15. Cosack I, § 13. Krückmann, § 171. Dernburg, Das bürgerliche Recht II S. 6 ff. Hölder, Komment., Einl. S. 36 ff.

Digitized by Google

und welche von den Lebenserscheinungen, die während der Geltungsdauer der Rechtsvorschrift eintreten, erhalten durch diese ihre rechtliche Regelung?

I. Die zeitliche Geltung der Rechtsvorschriften.

A. Der Rechtssatz gilt im formalen Sinne vom Momente seiner Entstehung an. Wann ein Rechtssatz entstanden ist, ergiebt sich aus Bd. I, §§ 5 und 6. Regelmäßig wird mit der formalen Geltung auch die materielle zusammenfallen, welche bedeutet, daß das Gesetz die Lebensverhältnisse auch bestimmen, kurz daß es angewendet werden soll. Das Gesetz kann aber den Zeitpunkt seiner materiellen Geltung über den seiner Entstehung hinausschieben (E.G. Art. 1). Allgemein geschieht dies für die Reichsgesetze in der ergänzenden Vorschrift der Reichsverfassung Art. 2[1], während die Geltung in den Konsulargerichtsbezirken durch das Reichsgesetz vom 10. Juli 1879 bestimmt wird. Wo vorübergehend nur formale Geltung einem Gesetze zukommt, hat sie die Bedeutung, daß das Gesetz nur durch Gesetz ꝛc. wieder aufgehoben werden kann[2].

B. Der Rechtssatz gilt bis zu seinem Wegfall; der Zeitpunkt des Wegfalles kann im Gesetze selbst ausdrücklich oder stillschweigend enthalten sein (transitorische Gesetze), oder der Wegfall tritt ein durch restlosen Wegfall des von ihm geregelten Lebensverhältnisses. Der Wegfall eines Rechtssatzes tritt ferner ein in Folge seiner Aufhebung durch einen neuen Rechtssatz (Gesetz, Gewohnheit), der ihn lediglich beseitigt oder eine Neuregelung enthält. Wie weit die Aufhebung reicht, ergiebt die Auslegung des neuen und des alten Rechtssatzes. Diese wird z. B. ergeben, daß die Aufhebung einer allgemeinen Rechtsregel durch eine neue, nicht auch stets die Ausnahmen von der alten Regel beseitigt (lex posterior generalis non derogat priori speciali). Vor Aufhebung kann keine Rechtsvorschrift gesichert werden, auch nicht durch Gesetz, und der Private hat auf Bestand der Rechtssätze keinen Anspruch, wenn er ihm nicht wieder durch Rechtssatz zugesprochen ist, z. B. ein Entschädigungsanspruch bei Aufhebung von Individualrechtssätzen (Bd. I, § 11, II)[3].

---

[1] Vgl. Bad. AG. z. BGB., Art. 1, Abs. 2.

[2] Bourier, Bl. für Rechtsanwendung Jahrg. 64 (1899), S. 358 ff.

[3] Die Frage ist allgemeiner gestellt die Frage nach der Ersatzpflicht des Staates ꝛc. wegen Vermögensbeschädigung durch rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt. Vgl. Cosack I, § 76. Anschütz, Verwaltungsarchiv, Bd. 5 (1897), S. 1 ff. Baron, D. Jur. Zeitg. Jahrg. 3 (1898) S. 152. Staub, ebenda, S. 168. Endemann, ebenda Jahrg. 4 (1899) S. 93 ff. Anschütz, ebenda, S. 171 f. Oertmann, ebenda S. 192.

Digitized by Google

C. Während das BGB. zu den Landesgesetzen nicht nur die Stellung des jüngeren, sondern auch die des gemeinen Rechtes einnimmt (vgl. Bd. I, § 7), ist es den Reichsgesetzen gegenüber lediglich die lex posterior. Bei der Auslegungsfrage, wieweit das BGB. die bestehenden Reichsgesetze aufhebt, hat gegenüber EG. Art. 32 der Charakter des BGB. als einer Privatrechtskodifikation keine entscheidende Bedeutung; auch darf man nicht den Grundsatz lex posterior derogat priori schematisch zur Anwendung bringen, da dieser nichts enthält als eine allgemeine Anleitung für die Auslegung, deren Zutreffen im konkreten Falle zu erweisen ist. Vielmehr ist aus dem BGB. im einzelnen Falle festzustellen, wieweit es bestehendes Reichsprivatrecht hat beseitigen wollen [1].

II. Die Wandelung der Rechtsvorschriften ist von weittragender Bedeutung für die Sicherheit des Rechtsverkehres. Die Parteien rechnen mit dem jeweils geltenden Recht und können mit dem Wechsel desselben in den seltensten Fällen rechnen. Würde der Richter auf die seiner Kognition unterstellten Thatbestände lediglich das jetzt geltende, neue Recht zur Anwendung bringen, so wären schwere Schädigungen der Parteien, Erschütterung und Fesselung des Rechtsverkehres die Folge, die eine gesunde Rechtspolitik zu vermeiden hat. Wir gewinnen hieraus die Auslegungsregel: Gesetze haben keine rückwirkende Kraft (jus ad praeterita trahi nequit), d. h. was unter dem alten Recht seine Regelung erhalten hat, wird auch unter der zeitlichen Herrschaft des neuen Rechtes nach dem alten Recht beurtheilt, das neue Recht regelt nur Das, was ungeregelt geblieben ist. Diese Auslegungsregel bedarf der näheren Präcisirung (A) und als Auslegungsregel verliert sie ihre Bedeutung, wenn der Inhalt des neuen Gesetzes entgegensteht (B).

A. Die nähere Bestimmung der Auslegungsregel. Die Frage, welche sich der Richter vorzulegen hat, ist die, ob ein bereits nach älterem Recht geregelter Thatbestand vorliegt. Einigkeit besteht darüber, daß dahin nicht nur die Regelung, die bereits zum definitiven Erwerbe von subjektiven Rechten (sog. wohlerworbenen Rechten) geführt hat, sondern auch die Begründung allgemeiner, rechtlich relevanter Fähigkeiten gehört (wie Großjährigkeit, Stellung unter elterlicher Gewalt).

---

[1] Vgl. Neukamp, Verwaltungsarchiv, Bd. 5 (1897) S. 209 ff. Lobe, Sächs. Arch. Bd. 7 (1897) S. 19 ff. Oertmann, Arch. f. bürg. R. Bd. 13 (1897) S. 1 ff. v. Blume, Verwaltungsarch. Bd. 7 (1899) S. 483 f.

Digitized by Google

An den Thatbestand (Rechtsgeschäft, Rechtsverletzung, sonstige Thatsachen) knüpfen sich für die Zukunft die Rechtsfolgen an, die das Gesetz, welches zur Zeit der Verwirklichung des Thatbestandes gilt, mit ihm verbindet. Das neue Gesetz kann nun in verschiedener Richtung ändernd eingreifen:

1. Es stellt andere Anforderungen an den *Eintritt der Rechtsfolge* überhaupt, an ihre erste Entstehung und Begründung, z. B. die Begründung des Nießbrauches, die unter dem alten Recht diesem gemäß durch formlosen dinglichen Vertrag erfolgte, wird an die Eintragung gebunden. Hier ist die Frage der Begründung dieses Nießbrauches lediglich nach altem Rechte zu beurtheilen.

2. Das neue Gesetz stellt andere Vorschriften auf hinsichtlich des Umfanges und Inhaltes der betreffenden Rechtsfolgen oder hinsichtlich ihrer Aenderung oder Aufhebung, z. B. die Rechte des Nießbrauchers werden erweitert, der Nießbrauch wird für vererblich erklärt, während er nach altem Rechte durch den Tod des Berechtigten erlosch. Selbstverständlich müssen Aenderung und Aufhebung wie der Inhalt der Rechtsfolgen für die Zeit der Geltung des alten Rechtes nach diesem beurtheilt werden, für die Zeit der Geltung des neuen Rechtes müßte aber das neue Recht angewendet werden, da es sich um Thatbestände handelt, die in seinen Geltungsbereich fallen; trotzdem wird man aus dem Prinzip, das der Auslegungsregel zu Grunde liegt, das Gegentheil entnehmen müssen, wenn nicht der neue Rechtssatz ausnahmsweise eine *absolute* Besserung, also eine für *alle* an den Rechtsfolgen Betheiligte wirksame Besserung in sich schließt. Es kommt also regelmäßig auch hier fortgesetzt das alte Recht zur Anwendung.

3. Andererseits werden Thatbestände, die sich unter der Geltung des alten Rechtes noch nicht *voll* verwirklicht hatten, lediglich durch das neue Recht bestimmt. Unter der Herrschaft des alten Rechtes bestanden hier nur Möglichkeiten und Aussichten; daß das neue Recht auch diese schonen will, ist nicht anzunehmen.

B. Da es sich um eine Auslegungsregel handelt, kann der Inhalt des neuen Rechtes sie aus Gründen der Rechtspolitik ausschließen[1],

1. indem es sich *Rückwirkung gegen die Auslegungsregel ausdrücklich oder stillschweigend beilegt*, und zwar

a. in *stärkerem* Maße, wenn die Regel unter A Z. 1 außer

[1] Vgl. u. A. A. *Lehmann*, a. a. O. (1899), S. 28 ff.

Digitized by Google

Anwendung gesetzt wird. Das wird im Zweifel der Sinn eines neuen Rechtssatzes sein, der sich als authentische Interpretation eines älteren Rechtssatzes zu erkennen giebt. Durch rechtskräftiges richterliches Urtheil, Vergleich, vertragsmäßige Anerkennung erledigte Sachen wird aber auch die authentische Interpretation nicht mehr berühren wollen;

b. in schwächerem Grade unter Ausschließung der Regel unter A Z. 2.

2. Das neue Recht kann sich aber auch seiner regelmäßig nach A Z. 3 eintretenden normirenden Wirkung entschlagen, so daß das alte Recht den Vorzug erhält (z. B. es sollen die unter dem alten Rechte begonnenen Prozesse nach altem Prozeßrecht erledigt werden, nicht nach dem in Geltung getretenen neuen).

§ 14.

Die Rückwirkung im Bürgerlichen Gesetzbuch[1].

Das Verhältniß des Bürgerlichen Gesetzbuches zum bisherigen Recht ist in verschiedenen Punkten durch das Einführungsgesetz abweichend von den allgemeinen Auslegungsregeln des vorigen Paragraphen bestimmt. Wenn namentlich das EG. dem bereits geregelten Thatbestande die Wirkungen nach altem Recht zur Zeit der Geltung des BGB. nimmt, so hat das vielfach seinen Grund darin, daß es sich um Institute des alten Rechtes handelt, die vom BGB. nicht anerkannt sind (z. B. EG. Art. 154). Wo die im Einführungsgesetze aufgestellten Vorschriften nicht eingreifen, werden aber die allgemeinen Auslegungsregeln Platz finden.

Auf Grund der Vorschriften des Einführungsgesetzes und aus allgemeinen Erwägungen ergiebt sich Folgendes:

I. Allgemeine Lehren.

A. Das Gebiet des Personenrechtes:

1. Die vom BGB. anerkannte Rechtsfähigkeit der Mißgeburten, Klosterpersonen und lebensunfähig Geborenen hat keine rückwirkende Kraft (vgl. V, A).

2. Die Volljährigkeit und die sonst durch bestimmtes Alter bedingte Geschäftsfähigkeit wird vom BGB. nicht schlechthin als erworbenes Recht behandelt; denn der Erwerb der Volljährigkeit, der schon bei Inkrafttreten des BGB. gemäß dem

[1] Materialien und Litteratur s. Bd. I, § 13, Note 2.

Digitized by Google

bisherigen Rechte (z. B. durch Eheschließung oder Volljährigkeitserklärung) eingetreten ist, wird zwar dauernd nach altem Recht beurtheilt, die Wirkungen aber, z. B. 1303. 1696. 1781, Z. 1, von diesem Zeitpunkte an und ein zu dieser Zeit noch laufendes Verfahren zum Zweck der Volljährigkeitserklärung bestimmen sich schlechthin nach dem BGB. Genießt also ein Minderjähriger am 1. Januar 1900 auf Grund des bisherigen Rechtes eine erweiterte Geschäftsfähigkeit, so ist für deren weiteren Fortbestand und Inhalt das BGB. (112. 113) maßgebend (EG. Art. 153, vgl. 154).

3. Die Entmündigung wegen Geisteskrankheit oder Verschwendung und ein laufendes Entmündigungsverfahren werden ebenso behandelt. Ob eine Entmündigung wegen Geisteskrankheit nach bisherigem Rechte stattgefunden hat, ist an Dem zu prüfen, was das BGB. unter Geisteskrankheit versteht (EG. Art. 155. 156).

4. Todeserklärung.

a. Ist zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. eine Todeserklärung schon erfolgt, so sind die Voraussetzungen, das Verfahren und die Wirkungen dauernd nach dem alten Recht geregelt; in einigen Punkten treten aber von diesem Zeitpunkte an die Wirkungen des BGB. ein (Wiederverheirathung, Endigung der elterlichen Gewalt, der Vormundschaft, der Pflegschaft, des Amtes als Vormund, Gegenvormund, Pfleger, Beistand oder Mitglied eines Familienrathes). Wo das alte Recht noch weitergehende Wirkungen festsetzte, z. B. die Auflösung der Ehe schon im Zeitpunkte der Todeserklärung, bleibt das alte Recht maßgebend, mag die Ehe vor oder nach dem 1. Januar 1900 geschlossen sein (EG. Art. 158. 159. 160).

b. Ein zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. anhängiges Verfahren auf Todes-, Verschollenheitserklärung oder vorläufige Einweisung des muthmaßlichen Erben des Verschollenen ist nach dem bisherigen Recht zu erledigen[1]. Ist die Verschollenheitserklärung oder die vorläufige Einweisung in diesem Zeitpunkt schon erfolgt, so ist auch das weitere Verfahren auf Todeserklärung oder endgültige Einweisung ebenfalls nach altem Recht zu erledigen. Von diesen Fällen abgesehen, also z. B. wenn ein Antrag auf bloße Abwesenheitskuratel nach altem Rechte anhängig wäre, normirt für das Verfahren das BGB. (EG. Art. 161, Abs. 1. 2).

---

[1] Vgl. Mecklenb. (Schwer. Strel.) AV. zu BGB. § 12. Dazu Langfeld, S. 26 f. 745.

Digitized by Google

c. Die Wirkungen der unter b. erwähnten Entscheidungen, namentlich auch die Beerbung, bestimmen sich nach dem bisherigen Recht, für eine Todeserklärung gilt aber außerdem das unter a Bemerkte (EG. Art. 161, Abs. 3). Insoweit ist auch das alte Recht der Lebensvermuthung und nicht BGB. (19) maßgebend. Wenn eine am 1. Januar 1900 schon erfolgte oder nach b zulässige definitive Besitzeinweisung[1] des muthmaßlichen Erben nicht schon die Wirkungen der Todeserklärung nach BGB. hat (z. B. Wiederverheirathung), ist nach dem Inkrafttreten des BGB. nach dessen Bestimmungen (14—18) eine Todeserklärung mit dieser beschränkten Wirkung statthaft (EG. Art. 162).

d. Ist am 1. Januar 1900 ein Verfahren nach b noch nicht anhängig, obwohl die Verschollenheit schon eingetreten ist, so findet das BGB. Anwendung, die aber erworbene Rechte nicht schädigen darf. Die Lebensvermuthung des BGB. kann daher nur für die Zeit nach dem 1. Januar 1900 wirken, wenn das alte Recht keine oder eine weiterreichende Lebensvermuthung kennt. Bei der Todesvermuthung des BGB. darf der Todeszeitpunkt in die Zeit vor dem 1. Januar 1900 nur dann verlegt werden, wenn und soweit das nach altem Rechte zulässig war.

5. Juristische Personen.

a. Ob die Rechtsfähigkeit erworben oder verloren ist, bestimmt sich der Regel gemäß dauernd nach dem zur Zeit der Verwirklichung des Thatbestandes geltenden Recht[2]. Die Rechtsverhältnisse der demnach zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bestehenden juristischen Personen werden aber in einigen Punkten durch das BGB. normirt (EG. Art. 163). Gewisse dem bisherigen Rechte gemäß am 1. Januar 1900 in's Leben getretene absonderliche Erscheinungen werden aber schlechthin dauernd dem alten Recht unterworfen, soweit es besondere Vorschriften für diese Vereine bereits enthält (EG. Art. 164 bis 167).

b. Der § 89 des BGB. findet auch Anwendung auf die am 1. Januar 1900 schon bestehenden juristischen Personen des öffentlichen Rechtes.

B. Wohnsitz (EG. Art. 157).

In den Fragen, in denen der Wohnsitz eine Rolle spielt, ent-

---

[1] Déclaration d'absence nach C. c. 115 ff.

[2] Mecklenb.-Schw. AV. z. BGB. § 25. Mecklenb.-Strel. AV. z. BGB. § 24.

Digitized by Google

scheidet nach dem 1. Januar 1900 nur das BGB. Ein vor dem Inkrafttreten des BGB. „erwählter" Wohnsitz (französisches, badisches Recht) behält aber seine rechtliche Bedeutung auch für Zustellungen während eines Prozesses (z. B. EG. Art. 170. 213) in Rechtsverhältnissen, die sich nach den bisherigen Rechten bestimmen.

C. Rechtsgeschäfte. Hier ist zu unterscheiden:

a. Geschäfte, die nach dem 1. Januar 1900 geschlossen sind, stehen unter dem BGB. (Vgl. II, A).

b. Geschäfte, die vor dem 1. Januar 1900 geschlossen sind, stehen grundsätzlich in allen Beziehungen (Form, Geschäftsfähigkeit, Willensmängel, Beweggrund, Inhalt) unter dem alten Recht (vgl. aber EG. Art. 176, Abs. 2).

c. Verfügungsbeschränkungen (rechtsgeschäftliche, gesetzliche), die zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bestehen, bleiben wirksam, also auch für Geschäfte, die nach dem 1. Januar 1900 geschlossen werden, soweit nicht ihre Wirkung durch den Schutz des guten Glaubens nach BGB. eingeschränkt wird (EG. Art. 168).

D. Verjährung.

a. Eine unter dem alten Recht abgelaufene Verjährung wird dauernd und in allen Beziehungen nach altem Rechte beurtheilt. Es kann aber für den so verjährten Anspruch gemäß dem BGB. von dem 1. Januar 1900 an eine neue Verjährung beginnen, sich vollenden und wirken (vgl. code civ. Art. 2275 mit 222).

b. Dem Prinzip gemäß kommt für eine beim Inkrafttreten des BGB. dem bisherigen Recht gemäß noch laufende Verjährung das BGB. zur Anwendung. Würde das BGB. eine solche Verjährung nicht mehr kennen, so ist eine Vollendung ausgeschlossen. Erkennt das BGB. eine Verjährung im Gegensatz zum bisherigen Rechte an, so kann die Verjährung erst vor dem Inkrafttreten des BGB. an laufen. Erkennt das bisherige Recht und das BGB. die Verjährung aber unter verschiedenen Voraussetzungen an, so soll für die Zeit vor dem Inkrafttreten des BGB. das bisherige Recht, für die folgende Zeit das BGB. bestimmen. Der Beginn der Verjährung (Zeitpunkt, Voraussetzungen) steht daher unter dem alten Recht, nicht also etwa unter 196. 197. Hemmungsgründe des alten Rechtes, die das BGB. verwirft, bewirken eventuell die Sistirung der Verjährung bis zum 1. Januar 1900. Verwirft das BGB. einen Unterbrechungsgrund des alten Rechtes, der vor dem 1. Januar 1900 eingetreten ist, so ist diese Unterbrechung auch nach dem 1. Januar 1900 nach dem alten Recht zu würdigen. Ein neuer

Digitized by Google

Unterbrechungsgrund des BGB., der vor dem 1. Januar 1900 eintrat, bleibt dagegen gleichgiltig. Verlängert das BGB. lediglich die Frist, so ist diese verlängerte Frist maßgebend; verkürzt es dagegen die Frist, so muß von dem Inkrafttreten des BGB. an die kürzere Frist ablaufen; nur, wenn die längere Frist des bisherigen Rechtes eher ablaufen würde als die kürzere des BGB., bleibt es bei der längeren Frist, gilt also dem Inhalte des neuen Rechtes gemäß altes Recht (EG. Art. 169). Nur für die Verjährung der Ansprüche aus den vor dem BGB. ausgestellten Schuldverschreibungen auf den Inhaber gilt, abgesehen von 802, das bisherige Recht schlechthin (EG. Art. 174, Abs. 2)[1].

c. Bei Ansprüchen, die das BGB. nicht mehr kennt, sind die Fristen des alten Rechtes maßgebend, während sich Hemmung, Unterbrechung ꝛc. nach dem BGB. bestimmen.

II. Recht der Schuldverhältnisse.

A. Für Schuldverhältnisse jeglicher Art, die vor dem BGB. entstanden sind, gilt durchweg das alte Recht. Das muß nicht nur für die Begründung und Wirkungen (Rechte und Pflichten der Parteien), sondern auch für die Aufhebung gelten (EG. Art. 170). Dieser Grundsatz erleidet aber Ausnahmen:

1. Soweit es sich nicht um schon durch Erfüllung oder rechtskräftiges Urtheil erledigte Schuldverhältnisse handelt, werden die Wirkungen des alten Rechtes durch zwingende Vorschriften des BGB. möglicher Weise alterirt, z. B. 138. 310. 343.

2. Nach dem BGB. bestimmt sich zwar nicht der Gegenstand, wohl aber Form und Wirkung des Erfüllungsgeschäftes und der Erfüllungssurrogate (Leistung an Erfüllungsstatt, Hinterlegung, Aufrechnung, Erlaß), z. B. 242. 259—261. 403. 366 ff.[2].

B. Das BGB. findet weiter Anwendung

1. auf die bei seinem Inkrafttreten bestehenden Mieth-, Pacht- und Dienstverhältnisse, wenn diese nicht zu dem nach dem bisherigen Rechte zulässigen ersten vertragsmäßigen oder gesetzlichen Kündigungstermin nach dem Inkrafttreten des BGB. gekündigt werden, und zwar von diesem Termin an (EG. Art. 171)[3·4].

[1] Förtsch, D. Jur. Zeitg. Jahrg. 4 (1899) S. 201 ff.

[2] Nöldeke, D. Jur. Zeitg. Jahrg. 4 (1899) S. 151 ff. Cohn, Gruch. Beitr. Bd. 43 (99) S. 418 ff.

[3] Mecklenb.-Schw. AV. z. BGB. § 41. Mecklenb.-Strel. AV. z. BGB. § 40.

[4] Schuhmacher, Arch. f. bürg. R. Bd. 15 (1898) S. 258 ff. Taube, Sächs. Arch. Bd. 8 (1898) S. 425 ff. Lehmann, a. a. O. S. 17 ff. Habicht, a. a. O. S. 173. 203 ff.

Digitized by Google

2. Der Satz des BGB. (571 ff., 581, Abs. 2): Kauf bricht nicht Miethe, findet Anwendung, wenn die vor dem Inkrafttreten des BGB. vermiethete oder verpachtete Sache (Grundstücke, Wohn- und andere Räume) erst nach demselben veräußert oder belastet wird (EG. Art. 172). Für die Zeit, während welcher nach dem unter Z. 1 Bemerkten das Rechtsverhältniß unter altem Rechte steht, verbleiben dem Miether auch noch die weitergehenden Schutzmittel des bisherigen Rechtes, wenn die Voraussetzungen dieses, z. B. die Eintragung der Miethe im Grundbuch, erfüllt sind.

3. Auf das Rechtsverhältniß aus einer beim Inkrafttreten des BGB. bestehenden Gemeinschaft nach Bruchtheilen findet von diesem Zeitpunkt an das BGB. (741 ff.) Anwendung (EG. Art. 173).

4. Für die Schuldverschreibungen auf den Inhaber sind in's Einzelne gehende Vorschriften getroffen in EG. Art. 174—178. Vgl. EG. zum HGB. Art. 25. 26[1].

5. Schuldrechtliche Ansprüche, die dem bisherigen Rechte gemäß durch Eintragung in öffentliche Bücher (z. B. aus Mieth- und Pachtrechten) absolute Wirkung, z. B. gegenüber dem Ersteher in der Zwangsversteigerung (ZVG. §§ 44. 45. 57. 59), bei Inkrafttreten des BGB. schon erlangt hatten, also schon eingetragen waren, behalten diese Wirkung auch später, selbst wenn nach Z. 1 in schuldrechtlicher Beziehung das BGB. eingreift (EG. Art. 179).

III. Sachenrecht[2].

A. Besitz und Eigenthum, die zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. schon bestehen, werden von dieser Zeit an nach dem BGB. beurtheilt. Also ist die Frage, ob Besitz oder Eigenthum vorliegen, nach dem 1. Januar 1900 nach dem BGB. zu beantworten, ebenso, ob Besitzschutz wegen verbotener Eigenmacht eintritt, falls nur die Eigenmacht in die Zeit nach dem 1. Januar 1900 fällt. Ob dagegen Eigenthum erworben ist, ist nach dem Rechte zu entscheiden, in dessen Geltung der Erwerbsthatbestand fällt (EG. Art. 180. 181, Abs. 1). Besonderes gilt aber:

1. für das Eigenthum Mehrerer ohne Bruchtheilung (z. B. Realgemeinden), für das Sondereigenthum an stehenden Erzeugnissen (Bäumen) und für das Stockwerkseigenthum; soweit solche Rechte zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bestehen, bleiben sie

[1] Über Sparkassenbücher vgl. Heller, D. Jur. Zeitg. Jahrg. 4 (1899) S. 109 f. Köhne, ebenda, S. 131.

[2] Vgl. noch die besonderen Vorschriften im EG. Art. 196. 197.

Digitized by Google

dem bisherigen Rechte gemäß auch später bestehen, können aber nicht neu begründet werden (EG. Art. 181, Abs. 2. Art. 182. Art. 189, Abs. 1);

2. das Ueberhangsrecht und das Recht am Grenzbaum zu Gunsten von Waldgrundstücken untersteht ebenfalls, wenn auch zeitlich beschränkt, nämlich bis zur nächsten Verjüngung des Waldes, dem alten Recht (EG. Art. 183);

3. für die Ersitzung gilt das Gleiche wie für die Anspruchsverjährung (EG. Art. 185).

B. Rechte an Sachen und Rechten, die schon zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bestehen, behalten, entgegen der im gemeinen Recht herrschenden Ansicht, auch fernerhin ihren Inhalt und Rang nach bisherigem Recht. Nicht hierher gehören die gesetzlichen Beschränkungen des Eigenthums (vgl. EG. Art. 181). Das BGB. findet aber in gewissen wesentlichen Bestimmungen Anwendung auf Erbbaurecht und Grunddienstbarkeiten (EG. Art. 184, vgl. Art. 196).

Für die Ersitzung des Nießbrauches an beweglichen Sachen gilt das Gleiche wie bei der Anspruchsverjährung (EG. Art. 185).

C. Die Vorschriften des Grundstücksrechtes des BGB. können allgemein erst Anwendung finden, sobald das Grundbuch gemäß EG. Art. 186 angelegt ist oder als angelegt anzusehen ist[1]. Erst von diesem Zeitpunkt an gilt das neue Recht; für Erwerb und Verlust des Eigenthums, Begründung, Uebertragung, Belastung und Aufhebung von anderen Rechten an Grundstücken oder an Grundstücksrechten gilt also bis dahin das alte Recht, auch wenn es den allgemeinen Regeln gemäß außer Anwendung treten würde, wie z. B. in der Frage des Erwerbes. Nicht gestattet ist die Begründung eines nach dem BGB. unzulässigen Rechtes in der Zwischenzeit (EG. Art. 189, Abs. 1, vgl. Art. 190 u. EG. z. ZVG. § 1), aber:

1. zur Erhaltung der Wirksamkeit der zur Zeit der Grundbuchanlegung bestehenden Grunddienstbarkeiten, gesetzlichen Pfandrechte, Mieth- und Pachtrechte gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuches ist die Eintragung nicht absolut vorgeschrieben (EG. Art. 187. 188);

---

[1] Über diesen Zeitpunkt vgl. Habicht, a. a. O. S. 332 ff.

Digitized by Google

2. eine zu dieser Zeit laufende Ersitzung wird wie die Anspruchsverjährung behandelt (EG. Art. 189, Abs. 2);

3. die Aufhebung eines Grundstücksrechtes oder eines Rechtes an einem solchen erfolgt auch nach diesem Zeitpunkt nach dem bisherigen Recht, bis die Eintragung im Grundbuch erfolgt ist (EG. Art. 189, Abs. 3);

4. der angegebene Zeitpunkt entscheidet auch in näher bestimmter Weise über den Besitzschutz von Grunddienstbarkeiten oder beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten (EG. Art. 191)[1];

5. über den Inhalt der in diesem Zeitpunkt bestehenden Pfandrechte und Grundschulden bestimmen EG. Art. 192—195.

IV. Familienrecht.

A. Eherecht.

1. Verlöbnisse, die zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bestehen, sind nach dem BGB. nach Form und Wirkung zu beurtheilen.

2. Die Ehen, die bei Inkrafttreten des BGB. bestehen, werden in ihren formellen und materiellen Voraussetzungen nach dem bisherigen Recht beurtheilt. Ist solche Ehe also nach bisherigem Rechte gültig, so bleibt sie es, selbst wenn sie den Vorschriften des BGB. nicht entspricht (EG. Art. 198, Abs. 1). Ist aber solche Ehe nach bisherigem Rechte nichtig oder ungültig, so ist sie doch dem BGB. gemäß von Anfang an gültig, wenn die Ehegatten zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. noch die eheliche Gemeinschaft thatsächlich aufrechterhielten und nach dem BGB. Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit nicht oder nicht mehr vorliegen würde (EG. Art. 198, Abs. 2. 3). Das BGB. hat also hier rückwirkende Kraft.

3. Rückwirkende Kraft haben auch die Vorschriften des BGB. über die persönlichen Rechtsbeziehungen der Ehegatten (Unterhaltspflicht) (EG. Art. 199)[2].

4. Das eheliche Güterrecht in den bei Inkrafttreten des BGB. bestehenden Ehen[3], einschließlich der erbrechtlichen Folgen (z. B. des Beisitzes des überlebenden Ehegatten) und der in Folge des Güterstandes oder der Ehe eintretenden Beschränkungen der Frau in der Geschäftsfähigkeit, hat dauernden Bestand gegenüber dem BGB.; das BGB. hat also die Unwandelbarkeitstheorie angenommen.

[1] Über EG., Art. 191. vgl. bes. Habicht, a. a. O. S. 281 ff.

[2] Mariolle, Bl. f. Rechtsanwendung Jahrg. 64 (1899), S. 227 ff.

[3] L. Seuffert, Gruch. Beitr. Bd. 43 (1899) S. 149 f. Leffing, Sächs. Arch. Bd. 8. (1898) S. 587 ff. Goldfeld, Abänderungen des hamb. ehel. Güterrechtes hinsichtlich der am 1. Jan. 1900 bestehenden Ehen.

Digitized by Google

Nur die Vorschriften des BGB. über den Ehevertrag finden Anwendung (EG. Art. 200)[1].

5. Für die Scheidung der am 1. Januar 1900 bestehenden Ehen und die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft normirt das BGB., mag auch die betreffende Klage schon vor diesem Zeitpunkte erhoben sein. Ehescheidung durch den Landesherrn ist also nach dem 1. Januar 1900 nicht mehr möglich. Die in Verschuldung beruhenden Scheidungs- und Trennungsgründe des BGB., die sich vor dem Inkrafttreten des BGB. verwirklichten, kommen aber nur in Betracht, wenn auch das bisherige Recht diesen Scheidungsgrund anerkannte; die Anwendung des BGB. ist aber in solchem Falle nicht weiter dadurch, daß der im alten Recht anerkannte Scheidungsgrund nicht zur Scheidung geführt hätte (z. B. wegen Kompensation), ausgeschlossen (EG. Art. 201)[2]. Abgesehen von der Auseinandersetzung (EG. Art. 200, vgl. oben Z. 4) bestimmen sich die Wirkungen der Scheidung nach dem Rechte, unter dem sie rechtskräftig erfolgte. Die Wirkungen einer vor dem Inkrafttreten des BGB. erkannten, nach diesem aber ausgeschlossenen beständigen oder zeitweiligen Trennung von Tisch und Bett bestimmen sich nach dem bisherigen Recht (EG. Art. 202)[3].

B. Eltern- und Kindesrecht[4].

1. Die Ehelichkeit der vor dem 1. Januar 1900 geborenen Kinder richtet sich nach altem Recht, die der später geborenen nach dem BGB. Das Rechtsverhältniß zwischen den Eltern und dem vor Inkrafttreten des BGB. geborenen ehelichen Kinde bestimmt sich von diesem Zeitpunkte an in allen Beziehungen (Ausstattungspflicht, elterliche Gewalt ꝛc.) nach dem BGB. (EG. Art. 203). Zu dieser Zeit bestehende obrigkeitlich verfügte Beschränkungen des elterlichen Rechtes hinsichtlich der Fürsorge für die Person des Kindes und die Verwaltung seines Vermögens bleiben jedoch in Kraft (vgl. aber 1671); die Entziehung der elterlichen Nutznießung bleibt aber nur von Be-

[1] Die Ausführungsgesetze enthalten aber ausführliche Vorschriften, die den Güterstand bestehender Ehen in einen der Güterstände des BGB. überleiten. Vgl. Hess. AG. z. BGB. Art. 169 ff. 230 ff. Preuß. AG. z. BGB. Art. 44 ff. Bayr. Übergangsvorschr. Ges. v. 9. Juni 1899 Art. 62 ff. Mecklenb.-Schwer. A.V. z. BGB. §§ 209 ff. Mecklenb.-Strel. AV. z. BGB. §§ 207 ff. Württemb. AG. z. BGB. Art. 260 ff.

[2] Gerhardt, Die Ehescheidungsgründe des BGB. und ihre rückwirkende Kraft (1899).

[3] Nöldecke, D. Jur. Ztg. Jahrg. 4 (1899) S. 407 ff.

[4] Habicht, Gruch. Beitr. Bd. 42 (1898) S. 413 ff. Nußbaum, D. Jur. Ztg. Jahrg. 4 (1899) S. 412 ff.

Digitized by Google

stand, wenn sie nach BGB. (1666, Abs. 2) gerechtfertigt ist (EG. Art. 204). Die Ausschließung der Mutter von der Vormundschaft oder die Anordnung einer Beistandschaft für diese durch den Vater, die vor dem Inkrafttreten des BGB. durch Tod des Vaters in Wirksamkeit getreten ist, soll von dieser Zeit an als Beistandsbestellung gemäß dem BGB. (1687, Z. 1) gelten. Der an Stelle der Mutter ernannte Vormund ist also zu entlassen und zum Beistand zu bestellen (EG. Art. 205).

2. Das Rechtsverhältniß der Eltern zu ihren Kindern aus Ehen, die auf Grund des bisherigen Rechtes geschieden oder in Folge von Todeserklärung eines der Ehegatten aufgelöst sind, oder bei denen auf Trennung von Tisch und Bett erkannt ist, bestimmt sich nach EG. Art. 203, also nach dem BGB. (vgl. Z. 1). Nur die Sorge für die Person des Kindes steht unter dem alten Rechte, nach welchem die Ehescheidung ꝛc. stattgefunden hat; jedoch ist die fortdauernde Geltung des alten Rechtes wieder durch weittragende Ausnahmen durchbrochen; es kommen zur Anwendung 1635, Abs. 1, Satz 2, Abs. 2 und EG. Art. 206.

3. Das Rechtsverhältniß der Eltern zu den Kindern aus einer vor dem Inkrafttreten des BGB. geschlossenen Putativehe und die Vorfrage, ob die Kinder aus solcher Ehe eheliche sind, wird durch das bisherige Recht bestimmt. Gleichgiltig ist, ob die Kinder vor oder nach dem 1. Januar 1900 erzeugt oder geboren sind (EG. Art. 207, vgl. Art. 198)[1].

4. Die rechtliche Stellung der unehelichen Kinder und der nach französisch-badischem Recht anerkannten Kinder, die vor dem Inkrafttreten des BGB. geboren sind, gegenüber der Mutter oder dem Vater und deren Verwandten bestimmt sich von dieser Zeit an nach dem BGB. Hinsichtlich der Rechtslage gegenüber dem Vater werden aber zu Gunsten des alten Rechtes Ausnahmen gemacht: Die Feststellung der Vaterschaft, das Recht des Kindes auf den Familiennamen des Vaters und die Unterhaltspflicht sind nach bisherigem Recht zu beurtheilen (EG. Art. 208, Abs. 1. 3). Nach bisherigem Recht bestimmt sich auch die rechtliche Anerkennung sonstiger, vor dem Inkrafttreten des BGB. erzeugter unehelicher Kinder als ehelicher und ihr rechtliches Verhältniß zu den Eltern, z. B. der Brautkinder (EG. Art. 208, Abs. 2).

5. Ob eine Legitimation oder Annahme an Kindesstatt giltig

[1] Bl. f. Rechtsanwendung Jahrg. 64 (1899) S. 237 ff. Gerstlauer, ebenda, S. 285 ff.

Digitized by Google

ist, bestimmt sich nach dem Recht, unter dem sie erfolgte. Auch die Rechtslage der vor dem Inkrafttreten des BGB. legitimirten oder angenommenen Kinder steht unter dem alten Recht (EG. Art. 209).

C. Vormundschaft.

1. Die zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bestehenden Vormundschaften, Pflegschaften und auch Beistandschaften treten von diesem Zeitpunkt an unter das BGB. (EG. Art. 210, Abs. 1, 211). Liegen die Voraussetzungen für eine Vormundschaft nach BGB. nicht vor, so endigen die bisherigen Vormundschaften ꝛc. kraft Gesetzes. Das würde besonders dann eintreten, wenn elterliche Gewalt des Vaters oder der Mutter begründet ist. — Die Vormundschaften, welche bestehen bleiben, erhalten ihren rechtlichen Charakter nach BGB. mit dessen weiteren Folgen. Hier greift nur die Bestimmung ein, daß die Werthpapiere, welche durch Landesgesetz die Eigenschaft der Mündelsicherheit am 1. Januar 1900 erlangt hatten, sie auch nach dem Inkrafttreten des BGB. behalten (EG. Art. 212, vgl. Art. 218).

2. Die Vormünder und Pfleger, die am 1. Januar 1900 giltig im Amte sind, bleiben in demselben, ohne daß es ihrer Verpflichtung nach BGB. bedarf (EG. Art. 210, Abs. 2).

V. Erbrecht[1].

A. Alle erbrechtlichen Verhältnisse stehen unter dem alten Recht, wenn der Erblasser vor dem Inkrafttreten des BGB. starb, mag auch der maßgebende Thatbestand sich erst unter der Herrschaft des BGB. verwirklichen, wie z. B. der Erwerb der Erbschaft, die Haftung der Erben ꝛc. (EG. Art. 213).

B. Tritt der Tod nach dem Inkrafttreten des BGB. ein, so gilt nur ausnahmsweise bisheriges Recht nämlich:

1. Für die Errichtung und Aufhebung von Verfügungen von Todeswegen durch den Erblasser, die vor dem Inkrafttreten des BGB. erfolgten, und für die Frage, ob aus einem zu dieser Zeit schon errichteten Erbvertrage oder gemeinschaftlichen Testamente der Erblasser gebunden ist (EG. Art. 214).

2. Ueber die Fähigkeit zur Errichtung einer Verfügung von Todeswegen, die vor dem BGB. errichtet ist, entscheidet ebenfalls das bisherige Recht. Ob ein Entmündigter ein Testament errichten kann, bestimmt sich also nach dem Recht zur Zeit der Errichtung

[1] Eine besondere Vorschrift, die das Pflichttheilsrecht betrifft, s. EG. Art. 216.

Digitized by Google

(Z. 1). Hat der entmündigte Erblasser aber vor dem Inkrafttreten des BGB. ein Testament errichtet, und ist er nach dem Inkrafttreten gestorben, so soll 2230 Anwendung finden. Hat umgekehrt ein nach dem alten Rechte Testirmündiger unter dem alten Recht formgerecht testirt, so bleibt ihm die Testirmündigkeit des alten Rechtes, auch nach dem 1. Januar 1900 erhalten (EG. Art. 215).

3. Erbverzichtsverträge und Verträge zur Aufhebung solcher, die vor dem Inkrafttreten des BGB. errichtet sind, stehen in allen Beziehungen unter dem bisherigen Recht (EG. Art. 217).

§ 15.

Das sachliche Herrschaftsgebiet der Privatrechtsvorschriften[1].

I. Nicht nur jeder Staat, sondern auch die Einzelstaaten im Gesamtstaate stellen ihre eigene Privatrechtsordnung fest, und diese

---

[1] Materialien: P. I. S. 2. 10 f. VI, S. 1 ff. BRK, S. 1 ff. Denkschr. z. GFG., S. 44 f.

Litteratur: 1886: Bähr, Jur. Tag 18, Bd. 1, S. 82 ff. v. Bar, ebenda, S. 95 ff. 1887: Jur. Tag 18, Bd. 2, S. 107 ff. 368 ff. 1888: Hölder, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 73, S. 8. Bähr, Zur Beurtheilung, S. 158. Zródlowski, Kodifikationsfragen, S. 40. 1889: Gierke, Der Entwurf, S. 107. 118. 134. Pütter, Arch. f. öff. R., Bd. 5, S. 140 f. Neubauer, Zeitschr. f. d. ges. Handelsr., Bd. 36, S. 397 ff. v. Bar, Theorie und Praxis des internationalen Pr.-R. 1890: Coith, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 76, S. 214 ff. Rocholl, Vorschläge, S. 4 f. Meili, Kodifikation des internationalen Civil- und Handelsrechtes. Kahn, Jahrb. f. Dogm., Bd. 30, S. 1 ff. 1891: Hölder, Pandekten I, § 17. 1892: Donle, D. Zeitschr. f. Kirchenrecht, Bd. 2, S. 1 ff. v. Bar, Lehrb. des internat. Privat- und Strafrechtes. Meili, Geschichte und System des intern. Priv.-R. 1893: Regelsberger I, §§ 39—46. Donle, Arch. f. öff. R., Bd. 8, S. 249 ff. 513 ff. 1894: Bierling, Jur. Prinzipienlehre I, § 7. Niemeyer, Positives intern. Priv.-R. I. Derselbe, Zur Methodik des internat. Priv.-R. (Vortr.) 1895: Gierke, D. Priv.-R. I, §§ 25. 26. Kuhlenbeck, Rechtsprechung I, S. 38 ff. 1896: Kahn, Jahrb. f. Dogm., Bd. 36, S. 366 ff. Niemeyer, Das internat. Privat-R. im Entw. e. BGB. Neumann, Internat. Priv.-R. 1897: Schnell, Bl. f. Rechtsanwendung, Bd. 62, S. 208 ff. Zitelmann, Internat. Priv.-R. I. II, 1. Barazetti, Das internat. Priv.-R. im BGB. Neumann, Jur. Tag 24, Bd. 1, S. 169 ff. v. Seeler, ebenda, Bd. 2, S. 33 ff. Bunsen I, S. 5 ff. 1898: Goldmann-Lilienthal, S. 3. 18 ff. 22 ff. Leske, S. 10 ff. Hachenburg, Das BGB., S. 90 ff. v. Buchka, § 1. Enneccerus-Lehmann I, §§ 8. 15. 27. 44. Kuhlenbeck, Von den Pandekten I, S. 46 ff. Kahn, Jahrb. f. Dogm., Bd. 39, S. 1 ff. Niemeyer, D. Jur. Ztg., Jahrg. 3, S. 372 f. Mayer, ebenda, S. 266. Müller, Sächs. Arch., Bd. 8, S. 2 ff. Börner, ebenda, S. 25 ff. 1899: Endemann I,

Digitized by Google

verschiedenen Privatrechtsordnungen weichen inhaltlich von einander ab. Zweifellos ist das räumliche örtliche Rechtsgebiet, für welches die einzelne Privatrechtsordnung gilt; zweifelhaft kann es aber sein, ob der Richter auf alle seiner Beurteilung unterworfenen Rechtsverhältnisse nur das Recht seines räumlichen Rechtsgebietes anzuwenden hat oder auch das Recht anderer Rechtsgebiete. Zweifellos kann eine positive Rechtsordnung den ersten Standpunkt einnehmen und die ausschließliche Anwendung des einheimischen Rechtes dem Richter zur Pflicht machen. Eine solche Vorschrift würde zwar eine absolute Klarheit und Sicherheit für den anwendenden Richter schaffen, in demselben Maße aber ungerecht sein und die Sicherheit des Rechtsverkehrs gefährden. Die Lebensverhältnisse erhalten mit ihrer Existenz ihre rechtliche Normirung, sie werden zu Rechtsverhältnissen, indem sie unter eine bestimmte Rechtsordnung treten. Rechte und Pflichten der Parteien bestimmen sich nach dieser, und die Parteien rücksichtigen bei der Begründung der Rechtsverhältnisse und bei ihrem späteren Verhalten auf diese Rechtsordnung. Die gerichtliche Geltendmachung der Rechte und Pflichten ist aber bei entwickeltem Verkehr in vielen Fällen nur bei den Gerichten eines andern Rechtsgebietes möglich. Die den Richter an sein einheimisches Recht ausschließlich bindende Vorschrift würde zur Folge haben, daß eine andere Rechtsordnung als diejenige, welche das Rechtsverhältniß normirt hatte, der richterlichen Beurtheilung zu Grunde gelegt würde. Die vom internationalen Verkehr geforderte gerichtliche Rechtshilfe hat dahin geführt, daß das moderne Recht den Grundsatz der ausschließlichen Anwendung des einheimischen Rechtes verwirft und den entgegengesetzten gerechten Grundsatz aufstellt, daß der Richter die Rechtsverhältnisse nach dem (einheimischen oder ausländischen) Rechte beurtheilen muß, welches dem Rechtsverhältnisse seine Normirung gegeben hat. Nach diesem Grundsatze tragen die Rechtsverhältnisse ihr positives Recht dauernd in sich, und der Grundsatz gewährleistet, daß die Rechtsverhältnisse im Stadium der Rechtsverfolgung und des richterlichen Urtheiles, im

§ 17—19. Cosack I, § 12. Krückmann, § 170. Kaufmann, Die Rechtskraft des internationalen Rechtes ꝛc. Meili, Über das historische Debut der Doktrin des internationalen Privat- und Strafrechtes. Kahn, Ueber Inhalt, Natur und Methode des internat. Privatrechts. Derselbe, Jahrb. f. Dogmat., Bd. 40, S. 1 ff. Jitta, Arch. f. öff. R., Bd. 14, S. 301 ff. Hölder, Komment. Einl. S. 47 ff. Zeitschr. f. internat. Privat- und Strafrecht (F. Böhm), seit 1890.

Digitized by Google

Verhalten der Parteien zu einander und Dritter zu den Parteien ihren Bestand und Inhalt bewahren, den sie ursprünglich hatten.

II. Ob der einzelne Staat diesen Grundsatz anerkennt oder nicht, steht bei ihm. Vom Standpunkte der Gerechtigkeit stellen wir an ihn die Forderung, daß er den Grundsatz anerkenne. Dieses Postulat ist aber nicht Recht. Wo die Anerkennung erfolgt ist, ist sie Inhalt der positiven staatlichen Rechtsordnung. Allerdings hat der Staat, der diesen Grundsatz proklamirt, auch ein wesentliches Interesse daran, daß der Grundsatz auch von anderen Staaten anerkannt wird. Die völkerrechtlichen Vereinbarungen, welche dieses anstreben, sind aber nicht an sich Bestandtheile der positiven Rechtsordnung, sondern binden nur den Staat dem Staate gegenüber. Noch viel weniger bildet jener Grundsatz den Bestandtheil eines über der gesammten kultivirten Menschheit stehenden Weltrechtes[1]. Kann der Grundsatz nur der Bestandtheil der positiven staatlichen Rechtsordnung sein, so bestimmt diese auch den Umfang seiner Geltung, der durch Auslegung der positiven Rechtsvorschriften zu ermitteln ist. Hierbei ist zu beachten:

A. Auch wenn eine ausdrückliche Vorschrift nicht gegeben ist, ist die ausschließliche Geltung des einheimischen Rechtes da anzunehmen, wo die Anwendung des besprochenen Grundsatzes mit den wesentlichen, besonders sittlichen und religiösen Grundlagen und Zwecken des einheimischen Rechtes in Widerspruch treten würde. Das EG. hat das im Art. 30 ausdrücklich ausgesprochen. Gehört demnach ein Rechtsverhältniß einer fremden, mit der einheimischen in solchem Gegensatze stehenden Rechtsordnung an, so kann das fremde Recht im einheimischen Gericht nicht zur Anerkennung der von der einheimischen Rechtsordnung prinzipiell verworfenen Rechtsfolgen angewandt werden, davon abgesehen aber wohl.

B. Das bisherige positive Recht, und so auch das EG. zum BGB., welches in den Art. 7—30 die Materie regelt, stellt keine

[1] Diese Auffassung vertritt wiederum Jitta, a. a. O. Er geht von einer „Rechtsgemeinschaft des menschlichen Geschlechtes" aus, als deren Vertreter die einzelnen Staaten und die Gemeinschaft derselben erscheinen. Diese Rechtsgemeinschaft produzirt in dem internationalen Privatrecht die materiellen Vorschriften für die internationalen Lebensverhältnisse durch ihre Vertreter. Letztere sind der Rechtsgemeinschaft zur Aufstellung solcher Normen verpflichtet, damit der Rechtsanspruch der allgemeinen Rechtsgemeinschaft befriedigt werde. — Der schwache Punkt dieser Theorie liegt wohl in den von ihr anerkannten internationalen Rechtsansprüchen, die in Wahrheit Ansprüche auf bestimmte materielle Rechtssetzung sind.

Digitized by Google

erschöpfenden Vorschriften zur Durchführung des Grundsatzes auf. Hier kommt dem Richter keine andere Aufgabe zu als sonst: er hat aus den vorhandenen Bestimmungen die latenten Einzelvorschriften zu entwickeln und hierbei die Natur der Sache in gleicher Weise zu beachten wie sonst (vergl. Bd. I, § 12).

III. Der Richter hat sich demnach — dahin ergänzen sich die ihm oben (Bd. I, § 12) zugewiesenen Aufgaben — die Frage vorzulegen, durch welche Rechtsordnung das ihm vorgelegte Rechtsverhältniß normirt ist, ob durch die einheimische oder fremde und, wenn letzteres der Fall ist, durch welche fremde Rechtsordnung. Diese Frage hat er an der Hand der unter II charakterisirten Vorschriften seines Rechtes zu beantworten. Man nennt diese deshalb Kollisionsvorschriften, die aus ihnen abgeleitete Lehre die Lehre von der Kollision der Statuten, die Summe dieser Rechtsvorschriften aber internationales Privatrecht. Festzuhalten ist, daß eine Kollision der verschiedenen Rechtsordnungen nicht vorliegt; jede Rechtsordnung hat vielmehr ihren bestimmten Herrschaftsbereich, den jene Normen abgrenzen sollen. Die vom Richter zu beantwortende Frage ist also allgemeiner gefaßt: die Frage nach dem *Herrschaftsbereich der einzelnen Rechtsordnungen*.

Wie bestimmen die Kollisionsvorschriften den Herrschaftsbereich der Privatrechtsordnungen? Im fränkischen Reiche sah man als das entscheidende Element eines jeden Rechtsverhältnisses die betheiligte Person an, und alle Rechtsverhältnisse einer Person unterstanden daher dem Stammesrechte dieser Person (Personalität des Rechtes), jedoch machte man Ausnahmen hinsichtlich der Rechtsverhältnisse an Grundstücken. Sie unterstanden dem Rechte des Ortes, an dem sie lagen. Eine Wandlung trat ein mit Entwicklung des Territorialstaates, die zur heutigen Gestaltung des internationalen Privatrechtes geführt hat. Das Herrschaftsgebiet des Staates wird bestimmt durch das *Gebiet* und die *persönliche Angehörigkeit*, Staatsangehörigkeit, also durch das Territorialitäts- und das Personalitätsprinzip.

A. Die staatliche Rechtsordnung normirt nach dem *Territorialitätsprinzip* die Rechtsverhältnisse, die zu dem Rechtsgebiet in Beziehung stehen. Vergegenwärtigen wir uns aber, daß die Rechtsverhältnisse in verschiedene Elemente zerfallen (betheiligte Personen, Sachen, Handlungen, sonstige Thatsachen), so können sich Beziehungen der Elemente zu verschiedenen Rechtsterritorien ergeben, z. B. die Parteien A und B haben ihren Wohnsitz A im Rechtsgebiet a, B im Rechtsgebiet b, sie schließen ein Geschäft im Rechts-

Digitized by Google

gebiet c über ein Grundstück im Rechtsgebiet d. Hier träte jedes Element des Rechtsverhältnisses unter die Rechtsordnung des Gebietes, zu dem es Beziehung hat. Es können sich aber für die einzelnen Elemente verschiedene territoriale Beziehungen ergeben, z. B. die Person A hat in a ihren Wohnsitz, in b ihren Aufenthalt. Hier tritt das Element unter die Rechtsordnung, zu der die stärkere territoriale Beziehung besteht, d. i. die durch den Wohnsitz begründete. Weiter ist zu beachten, daß die Elemente für das gesammte Rechtsverhältniß von verschiedenem Gewicht sind; daher kann die territoriale Beziehung eines Elementes entscheidend sein für die rechtliche Normirung aller oder einzelner anderer Elemente. Mit Rücksicht hierauf ergiebt sich die Unterscheidung von Personalstatut des Wohnsitzes (lex domicilii)[1], Statut der belegenen Sachen (lex rei sitae), Statut des Erfüllungsortes und Statut des Ortes, an dem eine Handlung vorgenommen wird (lex loci delicti commissi, locus regit actum). Die Durchführung des Territorialprinzipes ergiebt also, daß die Rechtsordnung diejenigen Elemente der Rechtsverhältnisse normirt, die zu ihr die stärkere territoriale Beziehung haben, und daß mit der Normirung eines überwiegenden Elementes auch die anderer Elemente, auch des gesammten Rechtsverhältnisses gegeben sein kann.

B. Nach dem Personalitätsprinzip entscheidet die Staatsangehörigkeit der an den Rechtsverhältnissen betheiligten Personen. Für die Normirung der Person als Einzelelementes des Rechtsverhältnisses ergiebt sich so das Personalstatut der Staatsangehörigkeit, Nationalität, Heimath. Das Element der Person kann aber als überwiegendes andere Elemente nach sich ziehen, und das Personalstatut der Staatsangehörigkeit kann das ganze Rechtsverhältniß oder weitere einzelne Elemente normiren.

C. Der die Kollisionsvorschrift aufstellende Gesetzgeber hat zwischen beiden Prinzipien (A, B) die Wahl. Der Gerechtigkeitsforderung entsprechend hat er im Einzelfall das Prinzip zu bevorzugen, das die stärkere Beziehung zum Anknüpfungspunkte nimmt. Diese Erwägung hat die Auslegung zu leiten, wo in den Kollisionsvorschriften direkte Anweisungen fehlen. Schon im gemeinen Rechte neigte man dahin, dem Personalstatut der Staatsangehörigkeit den Vorzug vor dem des Wohnsitzes einzuräumen. Im EG. zum BGB.

[1] Dieses Personalstatut ist Gebietsstatut. Daher stehen Personalstatut und Gebietsstatut in keinem Gegensatz. Anders die Darstellung bei Ennecerus-Lehmann I, § 8.

Digitized by Google

ist das prinzipiell geschehen. Die Staatsangehörigkeit selbst bestimmt sich nach dem Staatsrecht[1]. Sie entscheidet auch innerhalb des Deutschen Reiches, soweit sie überhaupt entscheidet. Ist die bisherige Staatsangehörigkeit verloren und eine neue noch nicht begründet, so entscheidet die frühere Staatsangehörigkeit. Ist eine solche nicht vorhanden, so ist nach dem Gesetz das Territorialitätsprinzip maßgebend, und es entscheidet der Wohnsitz oder der Aufenthalt bez. der letzte Wohnsitz oder Aufenthalt[2]. Ebenso liegt es, wenn eine Staatsangehörigkeit nicht nachweisbar ist. Bei mehrfacher Staatsangehörigkeit entscheidet, wenn deutsche und fremde Staatsangehörigkeit konkurriren, die deutsche. Bei Konkurrenz mehrerer fremder Staatsangehörigkeiten kann man zweifeln, ob sofort der Wohnsitz oder zunächst diejenige Staatsangehörigkeit entscheidet, die aktuelle Bedeutung für ihren Träger hat, oder diejenige, welche früher begründet ist, oder die durch freie Wahl unter ihnen festgestellte (EG. Art. 29). Auf den Wohnsitz wird man auch dann zurückzugehen haben, wenn in dem Staate, dem die Person angehört, verschiedenes Recht gilt, weil hier das Prinzip der Staatsangehörigkeit versagt. Auch davon abgesehen, findet das Territorialitätsprinzip nach dem Grundsatze der stärkeren Beziehung ausgedehnte Anwendung.

D. Die Parteien können das unter ihnen begründete Rechtsverhältniß einem bestimmten positiven Rechte unterstellen. Damit ist nicht etwa der sachliche Herrschaftsbereich des positiven Rechtes bestimmt, vielmehr in kurzer Weise der Inhalt des Rechtsverhältnisses festgelegt. Ob diese Abmachung giltig ist, richtet sich danach, ob nicht zwingende Normen entgegenstehen (z. B. 1433), und diese Frage ist wieder nach dem im konkreten Falle normirenden positiven Rechte zu entscheiden.

§ 16.

Die Kollisionsvorschriften des BGB. im Einzelnen[3].

Im Folgenden sollen die Kollisionsvorschriften des BGB.[4] in ihren allgemeineren Zügen vorgeführt werden[5].

[1] Reichsgesetz vom 1. Juni 1870. Dazu Cahn, Das Reichsgesetz über die Erwerbung und den Verlust der Reichs- und Staatsangehörigkeit (1889).

[2] Zweifel erregt dann wieder der Fall, wenn mehrere Wohnsitze gegeben sind. Hier muß wohl der Aufenthalt entscheiden. Vgl. Neumann, a. a. O. S. 43 f. 47. 49 ff.

[3] Materialien und Litteratur s. Bd. I, § 15, Note 1.

[4] Daneben bleiben die besonderen Kollisionsvorschriften der Reichsspezialgesetze und des Landesrechtes auf den vorbehaltenen Gebieten von Bestand.

[5] Vgl. Bad. AG. z. BGB., Art. 2.

Digitized by Google

I. Allgemeine Lehren.

A. Personenrecht. Es handelt sich hier um die Fragen der Rechtsfähigkeit, Geschäftsfähigkeit und Verantwortlichkeit.

1. Die Rechtsfähigkeit

a. der natürlichen Personen überhaupt wird bestimmt durch das Personalstatut der Staatsangehörigkeit, soweit nicht die generelle Bestimmung des EG. Art. 30 entgegensteht. Soweit es sich um besondere Rechtsfähigkeit (Erbfähigkeit, Fähigkeit zum Erwerbe von Grundeigenthum) handelt, bestimmt aber das Recht, welches das betreffende Rechtsverhältniß inhaltlich normirt (EG. Art. 24, Abs. 1. 25, Abs. 1). Das Gleiche gilt, wenn dritte Personen nach einem Verstorbenen einen Erwerb von Todeswegen machen wollen, für die Frage, ob der Verstorbene als Person existent geworden oder verstorben ist und wann er verstorben ist. Für die Todeserklärung[1] aber gilt nach EG. Art. 9 das Personalstatut des Verschollenen zur Zeit des Beginnes der Verschollenheit. Wer demnach bei Beginn der Verschollenheit deutscher Staatsangehöriger war, kann nach deutschem Recht für todt erklärt werden, wenn er auch bei Beginn der Verschollenheit im Auslande seinen Wohnsitz hatte oder später vielleicht die deutsche Staatsangehörigkeit verloren hatte. Ausländer können nach dem Grundsatze im Inlande nicht für todt erklärt werden, außer in folgenden Fällen, in denen das deutsche Recht normirt:

α. Die Todeserklärung des Ausländers ist im Inlande unter den Voraussetzungen des deutschen Rechtes statthaft, wenn es sich darum handelt, solche Rechtsverhältnisse des Verschollenen zu regeln, die nach dem deutschen Rechte zu beurtheilen sind, und mit Wirkung für sein im Inlande befindliches Vermögen, das sich auch nach BGB. 2369, Abs. 2 bestimmt. Diese Todeserklärung hat also nur beschränkte Wirkung (EG. Art. 9, Abs. 2).

β. Hat aber ein ausländischer Ehemann seinen letzten Wohnsitz im Inlande und ist seine im Inlande zurückgebliebene oder dahin zurückgekehrte Ehefrau Deutsche oder bis zu ihrer Verheirathung mit dem Verschollenen Deutsche gewesen, so kann er auf Antrag der Ehefrau nach deutschem Recht mit unbeschränkter Wirkung für todt erklärt werden (EG. Art. 9, Abs. 3).

b. Juristische Personen. Die privatrechtliche (nicht auch die besondere handelsrechtliche) Rechtsfähigkeit ausländischer Vereine, die unter 21. 22 fallen, als deutsche Vereine also nur durch

[1] Breit, Sächs. Arch., Bd. 8 (1898), S. 593 ff.

Digitized by Google

Eintragung oder Verleihung die Rechtsfähigkeit erwerben können, wird nach ausländischem Recht beurtheilt. Sind sie nach ausländischem Recht rechtsfähig, so muß außerdem durch Beschluß des Bundesrathes ihre Rechtsfähigkeit anerkannt werden. Geschieht letzteres nicht, so haben sie im Inlande die Stellung der nicht rechtsfähigen Vereine (Bd. I, § 33). Die allgemeine Rechtsfähigkeit ausländischer juristischer Personen, die nicht Vereine sind (Stiftungen) oder zwar Vereine sind, aber nicht unter 21. 22 fallen, steht unter dem ausländischen Recht. Die besondere Rechtsfähigkeit bestimmt sich wie bei den natürlichen Personen (EG. Art. 10)[1].

2. Die Geschäftsfähigkeit, ihre Grundlagen und Voraussetzungen werden durch das Personalstatut bestimmt (EG. Art. 7, Abs. 1). Demgemäß bestimmt sich also auch, ob und mit welchen Wirkungen eine Person für volljährig erklärt werden kann. Dieser Grundsatz erleidet aber Ausnahmen:

a. Die vom Ausländer nach ausländischem Recht erworbene Volljährigkeit oder Volljährigenstellung bleibt von Bestand, wenn der Ausländer die Reichsangehörigkeit erwirbt und nach deutschem Rechte nicht volljährig sein würde (EG. Art. 7, Abs. 2).

b. In Verkehrsgeschäften (nicht in familienrechtlichen, erbrechtlichen und solchen Geschäften, die sich auf ausländische Grundstücke beziehen), welche der Ausländer im Inlande abschließt, gilt er als geschäftsfähig, wenn er nach deutschem Recht geschäftsfähig ist (EG. Art. 7, Abs. 3).

c. Die Entmündigung eines Ausländers erfolgt im Inlande nach deutschem Recht, wenn er seinen Wohnsitz oder, mangels eines solchen, seinen Aufenthalt im Inlande hat (EG. Art. 8).

3. Die Verantwortlichkeit aus unerlaubter Handlung ist nach dem Gesetz des Ortes der begangenen That (lex loci delicti commissi) zu beurtheilen (EG. Art. 12).

B. Die Form der Rechtsgeschäfte untersteht im gesammten System dem Recht, dem das betreffende Rechtsverhältniß unterworfen ist. Es genügt aber auch die Beobachtung des Rechtes am Orte der Vornahme des Rechtsgeschäftes (EG. Art. 11, Abs. 1), wenn es sich nicht um Begründung, Aenderung, Uebertragung, Belastung und Aufhebung von Rechten an Sachen (EG. Art. 11, Abs. 2) oder um die Eheschließung im Inlande handelt (EG. Art. 13, Abs. 3).

[1] Walker, Die rechtliche Stellung ausländischer jur. Personen (S.A. 1897).

Digitized by Google

C. Die Klagbarkeit und Verjährung bestimmt sich nach dem Rechte, dem das Grundrechtsverhältniß unterworfen ist.

II. Schuldrecht.

A. Die Schuldverhältnisse aus unerlaubten Handlungen werden (EG. Art. 12) nach dem Rechte am Orte der begangenen That beurtheilt. Hat der Deutsche im Auslande ein Delikt begangen, so wird dieser Grundsatz dahin abgemildert, daß gegen ihn Folgen aus dem Delikt nicht weiter geltend gemacht werden können, als das deutsche Recht solche anerkennt.

B. In Betreff der Schuldverhältnisse aus Rechtsgeschäften oder sonstigen Thatbeständen enthält sich das EG. einer Bestimmung[1]. Es wird also bei den auf Rechtsgeschäft ruhenden Schuldverhältnissen die bisherige Streitfrage zu entscheiden sein, ob das Recht des Entstehungsortes, Erfüllungsortes, Klagortes oder das Personalstatut der Parteien normirt. In ernstliche Erwägung wird nur die Wahl zwischen dem Recht des Erfüllungsortes und dem Personalstatut des Schuldners kommen können und für das letztere wiederum zwischen dem Personalstatut des Wohnsitzes und der Staatsangehörigkeit. Die Feststellung des maßgebenden Rechtes der familienrechtlichen Schuldverhältnisse macht keine Schwierigkeit, anders die der sog. gesetzlichen Schuldverhältnisse (Geschäftsführung ohne Auftrag, Bereicherung ꝛc.).

III. Sachenrecht.

Hier ist aus den Vorschriften des EG. in Art. 7, Abs. 3. Art. 11, Abs. 2 und Art. 28 zu entnehmen, daß das Recht des Ortes entscheidet, an dem die Sache liegt (lex rei sitae). Wie im bisherigen Rechte wird die Durchführung des Grundsatzes Schwierigkeiten machen bei beweglichen Sachen, besonders denjenigen, die bestimmungsgemäß ihren Standort dauernd ändern (Schiffe, Reisegepäck).

IV. Familienrecht.

A. Die Ehe.

1. Alle materiellen Erfordernisse der Ehe[2], wie die Wirkung der Willensmängel, sind, wenn beide Verlobten oder nur einer Deutsche sind, mag die Ehe im Inlande oder Auslande geschlossen werden, nach dem Personalstatut der Staatsangehörigkeit jedes der Verlobten zu beurtheilen, ebenso, wenn Ausländer im In-

[1] Vgl. die Sondervorschrift im BGB. 795. Vgl. Jur. Tag 24, Bd. 4 (1898), S. 76 ff. 347 ff. Neumann, a. a. O. (1897), und v. Seeler, a. a. O. (1897).

[2] Keidel, Zeitschr. f. intern. Privat- und Strafrecht, Bd. 7, S. 239 f. 244.

Digitized by Google

lande eine Ehe eingehen (EG. Art. 13, Abs. 1). Handelt es sich aber um die Eheschließung der Ehefrau eines gemäß EG. Art. 9, Abs. 3 für todt erklärten Ehemannes, so gilt für diese das deutsche Recht der Todeserklärung (1348 bis 1351)[1]. Für Ehen, die im Auslande geschlossen sind, gilt entsprechend das Personalstatut der Staatsangehörigkeit jedes der Ehegatten (EG. Art. 13, Abs. 1. 2).

2. Form der Eheschließung im Inlande oder Auslande, vgl. oben I. B.[2] (EG. Art. 13, Abs. 3). Es ergiebt sich daher die Nichtigkeit der im Deutschen Reiche vor fremden diplomatischen Agenten oder Konsuln oder nur in kirchlicher Form geschlossenen Ehen.

3. Die rein persönlichen Beziehungen der Ehegatten bestimmen sich, wenn beide Ehegatten dem gleichen Staat angehören, nach dem Personalstatut, wenn sie verschiedenen Staaten angehören, nach dem Personalstatut des Ehemannes. Auf deutsche Ehegatten findet demnach, ohne Rücksicht auf den Wohnsitz der Ehegatten, das deutsche Recht Anwendung (EG. Art. 14).

4. Das eheliche Güterrecht ist normirt durch das Personalstatut der Staatsangehörigkeit des Ehemannes zur Zeit der Eheschließung. Diese Normirung ändert sich nicht mit dem Wechsel der Staatsangehörigkeit. Nur darin ist dieser Grundsatz durchbrochen, daß die Ehegatten einen Ehevertrag schließen können, auch wenn das normirende Recht das nicht zuläßt (EG. Art. 15, vgl. Art. 28). Kommt demgemäß ausländisches Recht in Frage, so bedarf doch die Ausschließung oder Aenderung des gesetzlichen oder vertragsmäßigen Güterstandes der Eintragung in das Güterrechtsregister, um Dritten gegenüber wirksam zu sein. Außerdem finden die Vorschriften des BGB. über die Schlüsselgewalt der Frau (1357), die Eigenthumsvermuthung zu Gunsten des Mannes (1362) und den Betrieb eines Erwerbsgeschäftes durch die Frau (1405) zwar nicht im inneren Verhältniß der Ehegatten zu einander, wohl aber im Verhältniß dieser zu Dritten Anwendung (EG. Art. 16).

5. Die Ehescheidung steht unter dem Recht des Staates, dem der Ehemann zur Zeit der Erhebung der Klage angehört. Scheidungsgründe, die sich in der Zeit früherer anderweiter Staatsangehörigkeit des Ehemannes verwirklichten, können nur geltend gemacht werden, wenn sie auch nach dem früheren Personalstatut die Bedeutung des

[1] Vgl. Niemeyer, Das internationale Pr.-R. (Vortrag, 1896), S. 39. Keidel, Zeitschr. f. internat. Pr.-R., Bd. 7, S. 288 ff. Mariolle, Bl. f. Rechtsanwendung, Bd. 63 (1898), S. 121 ff.

[2] Hier greift auch das Reichsgesetz vom 4. Mai 1870 (vgl. EG. Art. 39) ein.

Digitized by Google

Scheidungsgrundes hatten. Hat der Ehemann die deutsche Staatsangehörigkeit zur Zeit der Erhebung der Klage verloren, ist die Frau aber eine Deutsche, so finden die deutschen Gesetze Anwendung. Ist ausländisches Recht anzuwenden, so kann dennoch der deutsche Richter nur auf Scheidung oder Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft erkennen, nicht auf Trennung von Tisch und Bett, und die beiden Ansprüche müssen sowohl nach ausländischem wie nach inländischem Recht begründet sein (EG. Art. 17)[1].

B. Eltern- und Kindesrecht[2].

1. Die eheliche Abstammung eines Kindes steht unter dem Personalstatut der Staatsangehörigkeit des Ehemannes zur Zeit der Geburt des Kindes oder, wenn er vor der Geburt des Kindes starb, zur Zeit seines Todes (EG. Art. 18).

2. Das Rechtsverhältniß der Eltern

a. zu den ehelichen Kindern regelt sich nach dem Personalstatut des Vaters oder, falls dieser gestorben ist, der Mutter. Tritt ein Wechsel in der Staatsangehörigkeit der Eltern ein, so bleibt das bis dahin maßgebende Recht kompetent, wenn das Kind die bisherige Staatsangehörigkeit beibehält (EG. Art. 19, vgl. aber Art. 28);

b. ebenso liegt es bei dem Rechtsverhältniß der Mutter zum unehelichen Kinde (EG. Art. 20). Die Ansprüche des unehelichen Kindes auf Unterhalt und die Ansprüche der Mutter auf Ersatz der Kosten der Schwangerschaft, der Entbindung und des Unterhaltes gegen den Vater werden nach dem Personalstatut der Staatsangehörigkeit der Mutter zur Zeit der Geburt des Kindes beurtheilt. Ergiebt sich die Anwendung ausländischen Rechtes, so können dennoch weitergehende Ansprüche, als nach dem deutschen Recht zulässig sind, nicht geltend gemacht werden (EG. Art. 21)[3];

c. die Legitimation unehelicher Kinder und die Annahme an Kindesstatt unterstehen dem Personalstatut der Staatsangehörigkeit des Vaters bez. des Annehmenden zur Zeit der Legitimation bez. der Annahme. Besitzt das Kind eine andere Staatsangehörigkeit als der Vater oder der Annehmende, so kommt hinsichtlich der Einwilligung des Kindes oder Dritter auch das Personalstatut des Kindes in Frage (EG. Art. 22).

---

[1] Jung, Die Ehescheidung im internat. Pr.-R. (Dissert. 1897). Klein, Zeitschr. f. internat. Privat- u. Strafrecht, Bd. 7, S. 487 ff.

[2] Mariolle, Bl. für Rechtsanwendung Bd. 63 (1898), S. 309 ff.

[3] Mantey, Die Rechte des unehel. Kindes ꝛc. (1897), S. 6.

Digitized by Google

C. Vormundschaft.

Hier ist maßgebend das Personalstatut der Staatsangehörigkeit des unter Vormundschaft oder Pflegschaft zu Stellenden zur Zeit des Eintrittes des Bedürfnißfalles. Ueber einen Ausländer kann im Inlande eine Vormundschaft oder Pflegschaft errichtet werden, vorausgesetzt, daß der fremde Staat die Fürsorge abgelehnt hat, wenn die materiellen Voraussetzungen der Fürsorge nach ausländischem Recht gegeben sind oder der Ausländer nach EG. Art. 8 im Inlande entmündigt ist. Vorläufige Fürsorgemaßregeln kann das deutsche Vormundschaftsgericht treffen, solange eine Vormundschaft oder Pflegschaft nicht angeordnet ist (EG. Art. 23, GFG. 43. 44).

V. Erbrecht.

Die Beerbung einer Person steht unter dem Personalstatut der Staatsangehörigkeit des Erblassers zur Zeit seines Todes. Der Deutsche wird daher, auch wenn er seinen Wohnsitz im Auslande hat, nach deutschem Rechte beerbt (EG. Art. 24, Abs. 1). Das gleiche Prinzip gilt für Ausländer, die zur Zeit ihres Todes ihren Wohnsitz im Inlande haben (EG. Art. 25, Satz 1): sie werden nach ihrem letzten Personalstatut der Staatsangehörigkeit beerbt. Dieses Prinzip muß allgemein für Ausländer gelten. Es ist aber auch, abgesehen von Art. 28, einzuschränken:

A. Die Erben eines deutschen Erblassers, der seinen letzten Wohnsitz im Ausland gehabt hat, können sich in Ansehung der Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten, nicht in Ansehung der Existenz solcher, auf das Recht dieses Wohnsitzes berufen, sie können also zur Einschränkung ihrer Haftung dieses Ortsrecht ausnutzen (EG. Art. 24, Abs. 2).

B. Die Errichtung und Aufhebung einer Verfügung von Todeswegen und die Fähigkeit zur Errichtung weiterer Verfügungen sind, wenn ein Wechsel der Staatsangehörigkeit eintritt, nach dem früheren Personalstatut zu beurtheilen (EG. Art. 24, Abs. 3). Für die Form gilt I. B.

C. Wird ein Ausländer im Inlande beerbt, so können die deutschen Erben außer den nach dem maßgebenden ausländischen Rechte auch die nach deutschem Recht begründeten erbrechtlichen Ansprüche geltend machen (z. B. Pflichttheilsrechte, die das fremde Recht nicht anerkennt). Ausgeschlossen ist diese Berufung auf das deutsche Recht, wenn in dem betreffenden fremden Staate für die Beerbung dort versterbender Deutscher ausschließlich das deutsche

Digitized by Google

Recht zur Anwendung kommt (Gegenseitigkeitsklausel: EG. Art. 25, Satz 2).

D. Wird durch Vermittelung deutscher Behörden Vermögen aus einem im Auslande eröffneten Nachlasse eines Deutschen oder Ausländers für die nach dem fremden Rechte berechtigten Erben oder Vermächtnißnehmer in's Inland gezogen, so können nur die Nachlaßgläubiger der Herausgabe widersprechen (EG. Art. 26).

VI. Die Rückverweisung und Weiterverweisung.

Das EG. verweist für die Beurtheilung der Geschäftsfähigkeit (I. A. Z. 2), der Eingehung der Ehe (IV. A.), des ehelichen Güterrechtes (IV. A. Z. 4), der Ehescheidung (IV. A. Z. 5) und der Beerbung (V.) auf das ausländische Recht. Außerdem ergiebt sich in anderen Fällen stillschweigend oder durch analoge Anwendung die Anwendung des ausländischen Rechtes. Das ausländische Recht ist hier in seiner Gesammtheit verstanden, also auch einschließlich seiner eigenen Kollisionsvorschriften. Letztere können aber gerade die Anwendbarkeit des deutschen Rechtes ergeben (Rückverweisung) oder die eines andern fremden Rechtes (Weiterverweisung). Die erstere ist zu beachten, so daß dann das deutsche Recht Anwendung findet, die letztere nicht. Die Rückverweisung findet auch nur Anwendung, soweit es sich um das Personalstatut der Staatsangehörigkeit handelt (EG. Art. 27, vgl. aber Art. 28).

VII. Die Wiedervergeltung (Retorsion) hat über das vorliegende Gebiet des internationalen Privatrechtes hinausreichende Bedeutung (vgl. Bd. I, § 25).

Digitized by Google

II. Abschnitt.

Die Lehre vom subjektiven Recht.

§ 17.

Das subjektive Recht und seine Arten[1].

I. Der Begriff des subjektiven Rechtes.

Die Rechtsvorschriften verleihen den Lebensverhältnissen der Menschen den Charakter der Rechtsverhältnisse. In den Rechtsverhältnissen äußert sich die eigenthümliche Funktion der Rechtsordnung. Es wird in ihnen für den Einzelnen eine Machtsphäre ausgeschieden und Anderen die Pflicht auferlegt, diese zu achten. Die Regelung erfolgt stets mit Rücksicht auf die Interessen des Einzelnen an den Lebensgütern, deren er zur Deckung seiner Lebensbedürfnisse bedarf. Die dem Einzelnen durch die Rechtsordnung gewährleisteten Lebensgüter sind Rechtsgüter. Da, wo die dem Einzelnen verliehene rechtliche Macht nicht nur wegen des Interesses des Einzelnen gewährt, sondern zugleich ausschließlich diesem Interesse angepaßt und ihm gemäß gestaltet ist, sprechen wir vorzugsweise von subjektiven Rechten (speziell gestaltete subjektive Rechte z. B. Eigen-

[1] Materialien: M. I S. 271 ff. 291.

Litteratur: 1890: Leonhard, Zeitschr. f. d. Civ.-Pr., Bd. 15, S. 327 ff. 1891: Hölder, Pandekten I, §§ 5. 61. 62. 1892: Jakubezky, Bemerkungen S. 40. Zendhöfer, Das subjective Recht. 1893: Regelsberger I, §§ 14. 49—53. 1894: Bierling, Jur. Prinzipienlehre I §§ 9 ff. 15 ff. 1895: Gierke, D. Priv.-R. I, §§ 27—29. 1896: Stobbe-Lehmann II, 1, §§ 75—76. 1897: Planck, Komment. I, S. 47 f. 51 f. Zitelmann, Internationales Privatrecht I, S. 12 ff. Brodmann, Vom Stoffe des Rechtes und seiner Struktur. Hellmann, Vorträge über d. BGB. § 33. 1898: Kuhlenbeck, Von den Pandekten ꝛc. I, S. 67 ff. Goldmann-Lilienthal, S. 32, 34 f. 1899: Reuterskiöld, Ueber Rechtsauslegung (S.A.) S. 56 ff. Endemann I, § 7. Cosack I, §§ 14—16. Krückmann §§ 1. 2. 10. Hölder, Komment. Einleitung, S. 59 ff.

Digitized by Google

thum). Aber auch da, wo die Interessen des Einzelnen nur einen generellen, nicht nur gerade diese Interessen deckenden Schutz genießen, liegen subjektive Rechte vor, also z. B. da, wo das Interesse durch Strafvorschriften geschützt ist, die zugleich viele andere Interessen decken (*generell gestaltete subjektive Rechte* z. B. Leben, Ehre). *Das subjektive Recht ist demnach die dem Einzelnen zur Verwirklichung bestimmter Interessen gewährte Macht.* Dieser Macht entspricht die Pflicht je nach der Natur des subjektiven Rechtes bestimmter oder aller Menschen. Weder der Interessenschutz allein (Ihering), noch die Macht, das Wollendürfen (Windscheid) erschöpfen also das Wesen des subjektiven Rechtes, es ist ihm vielmehr wesentlich, daß der Interessenschutz durch Machtgewährung an den Einzelnen beschafft wird. Aus dem subjektiven Rechte leiten sich die einzelnen, allerdings auch als „Rechte" bezeichneten *Befugnisse* her, z. B. aus dem Eigenthum die Befugniß zur thatsächlichen und rechtlichen Verfügung.

II. *Die Arten der subjektiven Rechte.*

A. Die subjektiven Rechte sind abgeleitet aus dem objektiven Recht. Der Charakter der sie begründenden Rechtsvorschriften setzt sich daher in den subjektiven Rechten fort. So treten sich öffentliche und private, auf allgemeiner Vorschrift und auf Sonderrecht oder Individualvorschrift beruhende Rechte u. s. w. gegenüber.

B. *Dem System des objektiven Rechtes* entspricht das *System der subjektiven Rechte.* Unter dem *System des Rechtes* verstehen wir die aus dem Wesen des Rechtes entnommene Gruppirung der *Rechtsinstitute*, d. h. der Gesammtheiten der die Grundformen des menschlichen Gemeinschaftslebens regelnden Rechtsvorschriften. Ist das Recht die Ordnung des sozialen Zusammenlebens der Menschen, so ist Ausgangspunkt des Systems der Mensch und seine Lebensinteressen.

1. Soweit das Recht einen Schutz der Interessen des Einzelnen an seiner Individualität (Leben, Freiheit, Ehre, Namen ꝛc.) gewährt (vgl. 823), besteht ein subjektives Recht der Persönlichkeit, ein Privatrecht, das zum Gegenstande die eigene Individualität hat. Aus diesem haben sich speziellere Persönlichkeitsrechte oder Individualrechte selbständig losgelöst, z. B. das Namensrecht ꝛc. (vgl. Bd. II, §§ 75 ff.)[1].

[1] Vgl. auch *Staudinger* Bd. I (1899) S. 7 f.

Digitized by Google

2. Der Einzelne bedarf zur Deckung seiner Bedürfnisse der Sachen und anderer Güter und der Mitwirkung Anderer. Die rechtliche Anerkennung dieser Interessen ergiebt die Vermögensrechte, die ihren Namen von der regulären[1] Erscheinung erhalten haben, daß ihr Gegenstand eine Schätzung in Geld zuläßt. Die Struktur der Vermögensrechte ist eine verschiedene.

a. Die Sachenrechte (dinglichen Rechte) gewähren dem Berechtigten unmittelbare rechtliche Herrschaft an einer Sache (Besitz, Eigenthum, dingliche Rechte an fremder Sache).

b. In ähnlicher Weise ist in den Immaterialgüterrechten eine unmittelbare Herrschaft der Person über die Erzeugnisse geistiger Arbeit anerkannt (Rechte an Schriftwerken, Abbildungen, Werken der bildenden Kunst, Erfindungen ꝛc.). Vgl. Bd. II, § 75 ff.

c. In den Forderungsrechten (obligatorische, Schuldrechte) ist dagegen die Mitwirkung Anderer (Schuldner) zu Gunsten des Berechtigten (Gläubiger) gewährleistet, indem diese Anderen rechtlich verpflichtet sind, eine Leistung, die auch in der Beschaffung von Sachen bestehen kann, zu erbringen.

3. Während in den Vermögensrechten die Interessen des Einzelnen als Einzelnen zum Ausdruck gelangen, liegen den Familienrechten die sich aus der Gattungszugehörigkeit des Menschen ergebenden Interessen zu Grunde. Sie werden mit den Forderungsrechten zur Gruppe der persönlichen Rechte zusammengefaßt, weil auch sie sich nur an eine zu einem Verhalten verpflichtete Person wenden. Ihre eigenthümliche Grundlage bedingt aber weitgehende Verschiedenheiten. Die Familienrechte (aus dem Rechtsverhältniß der Ehe, der Eltern zu den Kindern, der Vormundschaft) berühren sich auch mit den Vermögensrechten, insofern sich eigenthümliche vermögensrechtliche Verhältnisse und Rechte überall mit ihnen verbinden.

4. An dem Fortbestande der Vermögensrechte und -Pflichten eines Verstorbenen besteht ein allgemeines Interesse. Das Erbrecht erkennt diesen Fortbestand und Uebergang zu Gunsten überlebender Mitglieder der Gattung in der Erbfolge an. Auch hier ergeben sich subjektive Rechte, deren Grundlage also eine familienrechtliche, deren Folge aber eine vermögensrechtliche ist.

---

[1] Vgl. Kohler, Arch. f. bürg. R., Bd. 7 (1893), S. 94 ff. Petschek, Arch. für bürgerl. R., Bd. 9 (1894), S. 85 ff.

Digitized by Google

C. Die subjektiven Rechte, die sich aus dem System ergeben, scheiden sich in weitere Gruppen:

1. Wegen des Verhältnisses, in dem ein Recht zu einem andern steht, unterscheiden wir Haupt- und Nebenrechte. Folge dieses Verhältnisses: 401. 1153.

2. An Stärke sind die absoluten Rechte den relativen überlegen. Das absolute Privatrecht wirkt gegen Jedermann, ihm entspricht die negative Pflicht aller Uebrigen, sich nicht mit dem Rechte in Widerspruch zu setzen. Es gehören hierher die dinglichen Rechte (allerdings nicht ohne Ausnahmen), gewisse Familienrechte (elterliche Gewalt), das Recht des Erben, die Persönlichkeitsrechte (Namenrecht) und Immaterialgüterrechte. Die relativen Privatrechte richten sich gegen einen oder mehrere bestimmte Verpflichtete. Nur diese können sich mit dem Rechte in Widerspruch setzen. Hierher gehören die Forderungsrechte, gewisse dingliche Rechte und Familienrechte ꝛc.

3. Positive und negative Rechte unterscheiden sich dadurch, daß die letzteren die Unterlassung eines an sich zulässigen Verhaltens gewährleisten (negative Grunddienstbarkeiten, Forderungsrechte auf Unterlassung).

4. Die subjektiven Rechte sind der Regel nach übertragbar und vererblich, können also ihr Subjekt wechseln; die ausnahmsweise nicht übertragbaren oder unvererblichen Rechte werden als höchstpersönliche bezeichnet. Derartige Ausnahmen finden sich in jedem Theile des Systems z. B. 38. 399 f. 514. 1098. 613. 1059. 1092. 1623 ꝛc., vgl. Bd. II, § 79.

5. Der Regel nach können die subjektiven Rechte auch Mehreren zugleich zustehen. Bei gewissen Rechten ist das ihrer Natur nach völlig ausgeschlossen (elterliche Gewalt); wo es zulässig ist, ist die Antheilnahme entweder in der Rechtsform der Gesammtberechtigung oder der Quotenberechtigung anerkannt. Im ersteren Falle besteht eine Rechtsgemeinschaft zu ungetheiltem Rechte, im letzteren Falle zu getheiltem Rechte. Wo das letztere zulässig ist, sprechen wir von theilbaren Rechten.

III. Der Anspruch. In jedem subjektiven Rechte ist die allgemeine Möglichkeit gelegen, es Denen gegenüber durchzusetzen, die in Widerspruch zu ihm treten können. Diese allgemeine Möglichkeit und Eventualität hat keinerlei selbständige Bedeutung. Es ist mit ihr nichts Weiteres gesagt, als daß der im subjektiven Rechte liegenden Macht auch eine Gebundenheit, Pflicht Anderer, begriffsmäßig entspricht.

Digitized by Google

Solange also ein absolutes Recht, z. B. das Eigenthum, unverletzt ist, bestehen keine *Ansprüche* gegen Jedermann. Solange ein relatives Recht, z. B. ein Forderungsrecht, nur als aufschiebend bedingtes besteht oder sein Anfangstermin noch nicht herangekommen ist, besteht kein Anspruch gegen den Verpflichteten. Diese entfernte Möglichkeit als actio im weitesten Sinne oder Anspruch zu bezeichnen, ist zwecklos. Anders, wenn das absolute Recht verletzt ist oder das relative Recht als unbedingtes und unbefristetes besteht. Hier steht dem Berechtigten das gegenwärtige Recht zu, *von dem das absolute Recht beeinträchtigenden Verpflichteten oder von dem durch das relative Recht bestimmten Verpflichteten die Herstellung des dem Rechte entsprechenden Zustandes, also eine Leistung, verlangen zu können.* Dieses Recht ist der Anspruch im materiellen Sinne (194).

A. Der Anspruch ist ein *besonderes*, aus dem subjektiven Rechte *abgeleitetes* und von ihm *abhängiges* Recht. Der Anspruch hat das subjektive Recht zur nothwendigen Voraussetzung, er wird durch das subjektive Recht inhaltlich bestimmt und erlischt mit ihm. Daher übertragen sich die Unterscheidungen der subjektiven Rechte auch auf die Ansprüche. Andererseits hat der Anspruch Son der existenz neben dem subjektiven Recht; denn sein Inhalt fällt nicht mit dem des subjektiven Rechtes zusammen, und er kann für sich Gegenstand rechtlicher Verfügung (z. B. Abtretung des Anspruches auf Herausgabe aus dem Eigenthumsrecht) und sonstigen rechtlichen Schicksales sein (z. B. Verjährung des Eigenthumsanspruches).

B. *Die Entstehung der Ansprüche* knüpft sich bei den *absoluten Rechten* an die Verletzung an, und es ergeben sich Ansprüche auf Herstellung des dem Rechte entsprechenden Zustandes, auf Schadenersatz oder (1004) Ablassen von der Verletzung. Die Ansprüche aus relativen Rechten entstehen mit der unbedingten und unbefristeten Entstehung des relativen Rechtes. Der Anspruch aus Forderungsrechten entsteht also, sobald das Forderungsrecht in dieser Weise besteht, und es kommt in dieser Hinsicht nicht darauf an, ob die Erfüllung erst später verlangt werden kann. Ein Unterschied zwischen relativen Rechten auf positive Leistung und solchen auf Unterlassung tritt nicht hervor (198. 202).

C. Die Ansprüche werden geltend gemacht im Wege der *Klage* (actio in prozessualem Sinne), die aber nicht für alle Ansprüche gegeben ist (z. B. Ansprüche aus klaglosen Schuldverhältnissen); die klag-

Digitized by Google

baren Ansprüche decken sich mit der actio im materiellen Sinne. Wo die Klage fehlt, steht der Weg der Vertheidigung (Zurückbehaltung, Aufrechnung ꝛc.) frei. Aus der positiven Abgrenzung des Anspruchsbegriffes folgt aber andererseits, daß die Klage nicht immer einen Anspruch voraussetzt, nämlich dann nicht, wenn mit ihr eine Leistung nicht verlangt wird (z. B. Feststellungsklage).

Digitized by Google

III. Abschnitt.

Die Lehre vom Rechtssubjekt.

1. Kapitel.

Das natürliche Rechtssubjekt.

§ 18.

Der Mensch als Rechtssubjekt[1].

I. Aus dem Wesen der Rechtsvorschriften ergiebt sich, daß die Anerkennung aller subjektiven Privatrechte nur um menschlicher Interessen willen erfolgt. Wo es sich um Interessen der Einzelindividuen handelt, spricht das Recht auch die Zuständigkeit des subjektiven Rechtes zu Gunsten des einzelnen oder einzelner mehrerer menschlicher Individuen aus. Sie sind die Subjekte, Träger des Rechtes. Voraussetzung dieser Zuständigkeit des subjektiven Rechtes ist die rechtliche Fähigkeit hierzu, welche durch die heutige Rechtsordnung allen Menschen gewährt wird: die Rechtsfähigkeit. Die Zuständigkeit des subjek-

[1] Materialien: M. I. S. 25. 28 ff. P. I. S. 4. VI, S. 28. 106 f. BRK. (Drucksachen des Reichstages 1895/96 Nr. 440) S. 3.

Litteratur: 1888: Hölder, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 73, S. 18 ff. 1889: Hölder, Jur. Tag 20, Bd. 1, S. 259 f. 277. Derselbe, Ueber den Entwurf e. BGB. (Vortr.), S. 22 f. Gierke, Der Entwurf, S. 134 f. 1890: Reinhold, Gruch. Beitr., Bd. 34, S. 522 ff. Ortloff, Physiolog. Kennzeichen für Beginn und Ende der Rechtsfähigkeit. Rocholl, Vorschläge, S. 9. 1891: Hölder, Pandekten I, §§ 19. 20. 1892: Bähr, Gegenentwurf, S. 1. 1896: Regelsberger I, §§ 56–59. 1895: Gierke, D. Priv.-R. I. §§ 30. 40. 41. Kuhlenbeck, Rechtsprechung I, S. 82 ff. 1897: Rehbein, Sächs. Arch. Bd. 7, S. 257 ff. Bunsen I, § 1. Hellmann, Vorträge über das BGB. § 1. 2. 1898: Goldmann-Lilienthal, S. 35 f. Hachenburg, Das BGB., S. 67 ff. Leske, S. 27 f. Enneccerus-Lehmann I, §§ 10. 11. Kuhlenbeck, Von den Pandekten I, S. 74 ff. Weyl I, §§ 15. 16. 1899: Endemann I, §§ 21. 23. Cosack I §§ 16. 17. Krückmann § 4. v. Buchka § 1. Habicht, Die Einwirkung des BGB. auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse, S. 24.

Digitized by Google

tiven Rechtes setzt dagegen nicht die Fähigkeit zur eigenen Ausübung des Rechtes, Handlungsfähigkeit, voraus. Auch handlungsunfähige Menschen sind rechtsfähig. Die im subjektiven Recht liegende Macht wird aber für sie durch andere ausgeübt. Die menschlichen Interessen sind nun aber in weitestem Umfange nicht nur Interessen einzelner Individuen, sondern allgemeine kleinerer oder größerer Kreise. Hier kann die Zuständigkeit von der Rechtsordnung nicht zu Gunsten von Einzelindividuen ausgesprochen werden, sie wird vielmehr an die Organisationen angeknüpft, in denen das umfassendere Interesse zur äußeren realen Existenz gelangt. Das sind die juristischen Personen (Bd. I, §§ 27—36).

II. Der Mensch als Rechtssubjekt.

A. Der Mensch ist Rechtssubjekt mit der vollendeten und lebenden Geburt (1).

1. Vollendung der Geburt liegt vor mit dem völligen Heraustreten des Geborenen aus dem Mutterleibe (Trennung), ohne daß auch die Abtrennung der Nabelschnur erforderlich wäre[1].

2. Lebende Geburt muß im Zeitpunkt der Vollendung der Geburt vorliegen. Gleichgültig ist die Dauer des Lebens und wie sich das Leben äußerlich gezeigt hat. Mehrere mit einander verwachsene Geborene sind mehrere Rechtssubjekte, soweit die sachverständige Prüfung, trotz der Verbindung, eine Mehrheit menschlicher Individuen ergiebt.

3. Weitere Erfordernisse stellt das Gesetz nicht auf. Es ist also Lebensfähigkeit nicht verlangt weder in dem allgemeinen Sinne, daß der lebend Geborene überhaupt ein längeres Leben außerhalb des Mutterleibes fortzusetzen in der Lage ist, noch in der beschränkteren Fassung, daß er die zur Fortsetzung selbständigen Lebens erforderliche Reife im Mutterleibe erlangt haben muß[2]. Auch anormale körperliche Gestalt (monstrum, prodigium) schließt von der Rechtsfähigkeit nicht aus, weil auch hier die Menschennatur feststeht.

4. Der noch im Mutterleibe befindliche Embryo (nasciturus) ist nicht Rechtssubjekt, sondern Bestandtheil des mütterlichen Organismus (pars viscerum). Das hindert nicht, daß die Rechtsordnung die Eventualität seiner künftigen Rechtsfähigkeit in's Auge faßt und seine Interessen theils mit direkter Beziehung auf den Embryo selbst, theils indirekt durch Sicherung der Interessen der Mutter schützt. Wie das römische und gemeine Recht, so stellt auch das BGB. nur einzelne Bestimmungen in diesen Richtungen auf:

[1] A. M. Cosack I S. 62.

[2] A. M. Kuhlenbeck, Von den Pandekten ꝛc. S. 80.

Digitized by Google

a. Dem Embryo fallen Erbschaft, Nacherbschaft, Vermächtniß an (1923, Abs. 2. 2108. 2176. 2178), er gilt für den Fall, daß er als Rechtssubjekt geboren wird, als bereits im Momente des Erbfalles geboren.

b. Beschränkt der Embryo andere Erben im Erbtheile, so bleibt die Auseinandersetzung bis zur Hebung der Unbestimmtheit ausgeschlossen (2043, Abs. 1). Soweit es auf die Zahl der zu erwartenden Geburten ankommt, wird dem Gewöhnlichen entsprechend eine Geburt angenommen.

c. Zur Wahrung der künftigen Rechte des Embryo kann ein Pfleger (1912), besonders ein Nachlaßpfleger (1960) bestellt werden, auch kann der Vater für das ungeborene Kind unter Umständen einen Vormund benennen (1777, Abs. 2).

d. Aus der schuldhaften Tödtung des Unterhaltspflichtigen erwächst dem zur Zeit der Tödtung noch ungeborenen Embryo ein Schadensersatzanspruch (844. 846).

e. Die Mutter des Embryo genießt das gesetzliche Vermächtniß des Unterhaltes aus dem Nachlasse des Kindes (1963).

In allen diesen Fällen bestimmt sich der Zeitpunkt der Empfängniß, der hier der Feststellung bedarf, nach Bd. II, §§ 100—101.

B. Der Mensch hört auf Rechtssubjekt zu sein mit dem Tode. Vernichtung der Rechtsfähigkeit bei Lebzeiten des Menschen (capitis diminutio, Friedlosigkeit, bürgerlicher Tod) ist nicht möglich (EG. Art. 55)[1].

§ 19.

Der Beweis von Geburt und Tod[2].

I. Rechtlich erheblich ist nicht nur die Thatsache der Geburt und des Todes, sondern besonders auch der Zeitpunkt der Geburt und

[1] Auf dem Gebiet des vorbehaltenen Landesrechtes, besonders nach EG. Art. 59 (Familienfideikommiß-, Lehn-, Stammgüterrecht) bestimmen sich Anfang und Ende der Rechtsfähigkeit nach Landesrecht.

[2] Materialien: M. I. S. 28 ff. P. I. S. 23.

Litteratur: 1888: Bähr, Zur Beurtheilung, S. 2. Hölder, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 73, S. 21. Zródowski, Kodifikationsfragen, S. 45. 1889: Fitting, Zeitschr. f. d. Civ.-Pr., Bd. 13, S. 37 f. 1890: Reinhold, Gruch. Beitr., Bd. 34, S. 527 ff. Rocholl, Vorschläge, S. 9. 1891: Strohal, Jahrb. f. Dogm., Bd. 30, S. 144. 155, Note 10. Hölder, Pandekten I, § 20. 1892: Bähr, Gegenentwurf, S. 1. 1893: Regelsberger I, § 59. 1895: Gierke, D. Priv.-R. I, §§ 41. 42. Kuhlenbeck, Rechtsprechung I, S. 83. 1897: Rehbein, Sächs. Arch. Bd. 7, S. 257 ff.

Digitized by Google

des Todes, das zeitliche Verhältniß der Geburt und des Todes verschiedener Personen, die Thatsache des Fortlebens einer Person, also ihrer Existenz oder Nichtexistenz in einem bestimmten Zeitpunkte, schließlich auch die vermuthliche Dauer des Lebens einer Person. Wer Rechtsfolgen, die an diese Thatsachen angeknüpft sind, für sich in Anspruch nimmt, hat diese Thatsachen zu beweisen. Dieser Beweis ist im bisherigen Recht zumeist durch Aufstellung von Vermuthungen erleichtert, in gewisser Beziehung aber auch beschränkt worden. Beweiserleichternde Vermuthungen bestanden für das Leben des Kindes nach der Geburt überhaupt oder des ausgetragenen Kindes, für das zeitliche Verhältniß der einzelnen Geburten bei Mehrgeburten, für die Fortdauer des Lebens, wenn das Leben in einem bestimmten Zeitpunkt erwiesen war (allgemeine Lebensvermuthung), für die Thatsache, daß eine Person eine andere überlebt hat (Ueberlebungsvermuthung). Auch für die Berechnung der muthmaßlichen Lebensdauer bestanden besondere Rechtsvorschriften, so im gemeinen Recht die Sterblichkeitstabellen der Quellen, die aber die neuere gemeinrechtliche Theorie als unmaßgeblich verwarf. Eine Erschwerung des Beweises kannte das deutsche Recht, welches den Beweis des Lebens des Kindes auf bestimmte Lebensäußerungen des Kindes (Schreien ꝛc.) und bestimmte Beweismittel einschränkte. Alle diese Vorschriften sind dem BGB. fremd geblieben. Es stellt in Anknüpfung an das bisherige Recht nur eine Vermuthung des Todes, in Verbindung mit ihr eine Lebensvermuthung, ferner eine selbständige Lebensvermuthung und eine Vermuthung des gleichzeitigen Todes auf. Wo es auf die muthmaßliche Lebensdauer ankommt, z. B. bei Feststellung der Entschädigungsansprüche im Falle der Tödtung von Unterhaltspflichtigen (844. 846)[1], bei Berechnung des Nachlaßwerthes zur Ermittelung des Pflichttheiles (2311 ff.), bei Anschlag einer Leibrentenschuld im Konkurse (KO. § 69), hat der Beweispflichtige den Beweis durch Sachverständige an der Hand der Mortalitätsstatistik zu führen, und überhaupt kommen die allgemeinen Beweismittel des Zivilprozeßrechtes in Betracht, wo die in Bd. I, §§ 20 und 21 besprochenen Vermuthungen des BGB. nicht hinreichen.

II. Eine wesentliche Erleichterung des Beweises der in Frage

Hellmann, Vorträge über das BGB., § 2. 1898: Goldmann-Lilienthal, S. 40 f. Leske, S. 28. Enneccerus-Lehmann I, § 12. Kuhlenbeck, Von den Pandekten I, S. 84 ff. Weyl I, § 16. 1899: Endemann I, §§ 23. 42. Cosack I, § 18. Krückmann, § 4. v. Buchka, § 1.

[1] Vgl. Reichshaftpflichtgesetz vom 7. Juni 1871, §§ 3. 7. (Fassung des EG. Art. 42) Reichs-Unfallversicherungsgesetz vom 6. Juli 1884 § 6.

Digitized by Google

stehenden Thatsachen ist durch die Einrichtung der von den Standesbeamten geführten Personenstandsregister geschaffen, die, in Anlehnung an die Kirchenbücher entwickelt, durch die französische Gesetzgebung in deutschen Gebieten Aufnahme und weitere Verbreitung fanden und im Reiche durch die Reichsgesetze vom 4. Mai 1870 und 6. Februar 1875 eingeführt wurden[1]. In diesen Registern werden u. A. Geburten und Todesfälle, besonders auch der Zeitpunkt dieser, eingetragen. Die Zuverlässigkeit der Register wird garantirt durch die gewissen Personen und Behörden auferlegte Anzeigepflicht, die Amtspflicht der Standesbeamten, die auf diese Pflichten und den Personenstand überhaupt bezüglichen allgemeinen und besonderen Strafbestimmungen und die Ordnung des Verfahrens zur Berichtigung der Eintragungen und ihrer Ergänzung. Den Eintragungen und Auszügen kommt, die ordnungsmäßige Führung der Register und die vorschriftsmäßige Beschaffenheit des Eintrages vorausgesetzt, volle Beweiskraft für diejenigen Thatsachen zu, zu deren Beurkundung sie bestimmt sind und welche in die Register eingetragen sind. Insofern der Standesbeamte die Beurkundung regelmäßig nur auf Grund privater Anzeige Anderer vornimmt, liegt eine Abweichung vom allgemeinen Urkundenrecht vor. Der durch die Register erbrachte Beweis kann aber durch den Nachweis der Fälschung, der unrichtigen Eintragung oder der Unrichtigkeit der grundlegenden Anzeigen entkräftet werden. Demgemäß begründet die Eintragung der Geburt eine Vermuthung lebender Geburt[2], die Eintragung des Todesfalles die Vermuthung des Todes, die Eintragung von Mehrgeburten die Vermuthung des zeitlichen Verhältnisses der Mehrgeburten und die Eintragung einer Todtgeburt oder eines in der Geburt verstorbenen Kindes die Vermuthung des Todes, nicht aber auch die des Nichtgelebthabens nach der Geburt. Für die Standesregister gilt der Grundsatz der formalen Oeffentlichkeit (Recht auf Einsicht und Auszüge gegen Zahlung der gesetzlichen Gebühr).

§ 20.

Die Todesvermuthung[3].

I. Trotz gerechtfertigter Annahme des Todes kann der Beweis desselben unmöglich sein. So im Falle der Verschollenheit eines

[1] Vgl. v. Sicherer, Personenstand und Eheschließung in Deutschland (1879). Hinschius, Das Reichsgesetz über die Beurkundung des Personenstandes ꝛc., 3. Auflage (1890). Mandry-Geib (1898), § 11.

[2] So auch Staudinger I, S. 9. AM. Endemann I, S. 95 Note 9.

[3] Materialien: M. I. S. 33 ff. P. I. S. 4 ff. 272. VI, S. 107 ff.

Digitized by Google

Menschen. Hier tritt unter näherer Begrenzung die Vermuthung des Todes ein. Die geschichtlichen Anknüpfungspunkte für die Todesvermuthung liegen nicht im römischen Recht, sondern im älteren deutschen Recht und den in der englischen Jurisprudenz und Praxis des Mittelalters entwickelten Rechtssätzen. Seit der Rezeption verbanden sich die deutschen und fremden Elemente zu dem widerspruchsvollen Institute der cura anomala. Das Vermögen des Verschollenen wurde den nächsten Erben zur freien Verwaltung herausgegeben. Mit dem Eintritt der dem italienischen Recht entlehnten festen Vermuthung für Eintritt des Todes nach hundert Lebensjahren gestaltete sich das Recht der damals Eingewiesenen zum Erbrecht (successio ex tunc). Da der Todesvermuthung eine Vermuthung für das Leben des Verschollenen bis zum Zeitpunkt des vermutheten Todes entsprach, war die successio ex tunc innerlich unhaltbar. Unter dem Einflusse des praktischen Bedürfnisses hat dieses Institut mehrfache Wandlungen erfahren, hat sich sogar in seiner prinzipiellen Grundlage differenzirt und erscheint im partikulären Rechte Deutschlands in verschiedenster Weise geregelt:

A. Die prinzipiellen Grundlagen sind, von der Verschollenheit abgesehen, verschiedene nach dem sog. sächsischen Systeme, das als gemeinrechtliches in Anspruch genommen wird, und dem schlesischen System.

---

471. 483 f. 625. 730 ff. 800. D. S. 4 ff. Begründung der Nov. z. C.P.O. S. 168 ff.

Litteratur: 1888: Schilling, Aphorismen, S. 26 f. Hölder, Arch. f. d. civ. Pr. Bd. 73, S. 24 ff. Zródlowski, Kodifikationsfragen, S. 46. 1889: Jacoby, Annalen d. d. Reichs, S. 298 ff. Hölder, Jur. Tag, 20, Bd. 1, S. 258 ff. Heinsen, ebenda, S. 280 ff. Gierke, Der Entwurf, S 54. 135 ff. Fischer, Beitr., H. 6, S. 27 ff. 1890: Reinhold, Gruch. Beitr., Bd. 34, S. 527 ff. Rocholl, Vorschläge, S. 9 ff. v. Salis, Jur. Rundschau f. d. kath. Deutschland, Ergänzungsh., S. 81 ff. 88 ff. 1891: Riesenfeld, Verschollenheit und Todeserklärung. Strohal, Jahrb. f. Dogm., Bd. 30, S. 144 ff. Hölder, Pandekten I, § 20. 1892: Grützmann, Sächs. Arch., Bd. 2, S. 211 f. Jur. Tag 21, Bd. 3, S. 173 ff. 433 ff. Bähr, Gegenentwurf, S. 1 ff. Jakubezky, Bemerkungen, S. 5 f. 1893: Regelsberger I, § 61. Hölder, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 80., S. 2 ff. 1895: Gierke, D. Priv.-R. I, § 42 Kuhlenbeck, Rechtsprechung I, S. 83 ff. 1897: Rehbein, Sächs. Arch. Bd. 7, S. 257 ff. Bunsen, I, § 6. Hellmann, Vorträge über das BGB., § 2. 1898: Börner, Sächs. Arch. Bd. 8, S. 29 f. Goldmann-Lilienthal, S. 41 ff. Hachenburg, Das BGB., S. 72 ff. Leske, S. 29 ff. Enneccerus-Lehmann I, §§ 13 bis 15. Kuhlenbeck, Von den Pandekten ꝛc. I, S. 84 ff. 96 f. Weyl I, §§ 16. 22. 1899: Endemann I, § 42. Cosack I, § 18. Krückmann, § 4. v. Buchka, § 1. Habicht, Die Einwirkung des BGB. auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse § 12.

Digitized by Google

1. Nach dem sächsischen System stützt sich die Vermuthung des Todes darauf, daß der Verschollene die äußerste Lebensgrenze überschritten haben würde, also auf die Wahrscheinlichkeit des Todes. Da das praktische Bedürfniß eine möglichst baldige Beseitigung der Ungewißheit verlangt, wurde die äußerste Lebensgrenze von 100 auf 70 bez. 80 herabgesetzt.

2. Dem schlesischen System[1] eigenthümlich ist die Anknüpfung der Todesvermuthung an eine längere Dauer (10, 20, 25, 30 Jahre) der Verschollenheit. Die Vermuthung stützt sich nicht auf die Wahrscheinlichkeit des Todes, sondern auf die Wahrscheinlichkeit, daß der Verschollene nicht wieder auftauchen werde. Es ist die Analogie der löschenden Verjährung maßgebend.

B. Daß praktische Bedürfniß verlangt, daß die Vermuthung auf sicherer Basis ruhe. Daher entwickelte sich seit der Mitte des 18. Jahrhunderts ein gerichtliches Aufgebotsverfahren, das die Voraussetzungen (A. Z. 1 und 2) der Vermuthungen feststellt und mit der Todeserklärung endigt. An diese knüpft sich nunmehr erst die Todesvermuthung mit ihren Wirkungen.

C. Die einfache, sich nach A. B. ergebende Struktur des Institutes erscheint in den Partikularrechten vielfach abgeändert und komplizirt. Man begnügte sich nicht immer mit einer reinen Abwesenheitspflegschaft für den Verschollenen bis zur Todeserklärung, sondern hielt an der Einweisung der nächsten Erben (cura anomala) des Verschollenen fest. Diese erfolgte dann wieder auf Grund einer besonderen gerichtlichen Verschollenheitserklärung, der die Todeserklärung erst nachfolgte. Mit dem Eintritt dieser wurde die Erbfolge entweder nach dem Zeitpunkt der Verschollenheit (successio ex tunc) oder (überwiegend) nach dem Zeitpunkt des vermutheten Todes (successio ex nunc) geregelt. Auch in dem Punkte der Kautionsleistung behandelte man die eingewiesenen Erben verschieden, und erhebliche Unterschiede zeigt das bisherige Recht in der Behandlung der Wirkungen der Todeserklärung.

II. Das BGB.[2] kennt nur eine Todesvermuthung kraft Todeserklärung, und zwar auf der Grundlage des schlesischen Prinzipes. Für die Zeit bis zur Todeserklärung hilft die allgemeine Abwesenheitspflegschaft (1911).

---

[1] In Deutschland seit 1616 (Kaiserl. Reskript an den Rath von Görlitz) vertreten, im französischen, englischen und niederländischen Rechte aber sehr viel früher angewendet.

[2] Die Vorschriften über die zeitliche und sachliche Kollision s. Bd. I, §§ 14. 16.

Digitized by Google

A. Die Voraussetzungen der Todeserklärung sind

1. Die Verschollenheit. Verschollen ist Derjenige, von dessen Leben wir während einiger Zeit keine Kunde haben, während normaler Weise solche Kunde vorhanden sein müßte, also der gewisse Zeit hindurch Vermißte. Nicht wesentlich ist, daß Zweifel an dem Leben des Vermißten gerechtfertigt sind. Nicht wesentlich ist ferner die Abwesenheit des Verschollenen[1] von seinem Wohnorte, sondern nur, daß er an seinem Wohnorte nicht aufzufinden ist, wesentlich ist aber eine bestimmte Dauer der Nachrichtlosigkeit, die sich im einzelnen Falle verschieden bemißt. Von dem gewöhnlichen Falle (14) heben sich die besonderen Verschollenheitsfälle (15—17) durch die Qualifikation der Person und ihrer Lage ab:

a. Kriegsverschollenheit.

Sie liegt vor, wenn ein Angehöriger irgend einer bewaffneten Macht[2] am Kriege theilgenommen hat, oder wenn andere Personen sich bei der bewaffneten Macht in einem Amts- oder Dienstverhältniß oder zum Zwecke freiwilliger Hilfeleistung während des Krieges befunden haben und während des Krieges gewisse Zeit hindurch vermißt worden sind (15).

b. Seeverschollenheit. Verschollen ist Derjenige, der auf die Seefahrt[3] gegangen ist, wenn er nach dem Untergange des Schiffes, auf dem er sich befunden hat, gewisse Zeit hindurch vermißt wird (16).

c. Verschollenheit nach dringender Lebensgefahr liegt vor für Den, der in solche verwickelt war, wenn er, nachdem die Gefahr ihre Wirkung geäußert hat, gewisse Zeit hindurch vermißt wird. In Frage sind Brand, Explosion, Bergbesteigungen, Ueberschwemmungen (17).

2. Die Verschollenheit muß eine bestimmte Zeit gewährt haben. In dem gewöhnlichen Falle beträgt dieselbe 10 Jahre; würde der Verschollene bereits 70 Jahre alt sein, 5 Jahre. Die Frist beginnt mit dem Schlusse des Jahres, in welchem der Verschollene den vorhandenen Nachrichten zufolge noch gelebt hat, und läuft nach

---

[1] So Staudinger Bd. I (1899) S. 68. A.M. Cosack I, S. 62. Hellmann, Krit. V. J. Schr., Bd. 40 (1898) S. 179.

[2] Wer zur deutschen bewaffneten Macht gehört, bestimmt sich nach den Reichsgesetzen vom 9. November 1867, dem Militärstrafgesetzbuch vom 20. Juni 1872, dem Reichsmilitärgesetz vom 2. Mai 1874, vgl. auch Reichsgesetz vom 1. Juni 1870 § 23.

[3] Über die Abgrenzung vgl. Planck zu 16 und gegen ihn Staudinger Bd. I (1899) S. 75.

Digitized by Google

Analogie der Verjährung während der Minderjährigkeit des Verschollenen nicht, so daß die Todeserklärung nicht vor Schluß des Jahres, in dem der Verschollene 31 Jahre alt werden würde, erfolgen kann (14). In den qualifizirten Fällen tritt namentlich eine erhebliche Verkürzung der Frist (1 oder 3 Jahre), die vom *Friedensschluß* oder von dem Schluß des Jahres, in dem der Krieg endigt, vom Ende des *gefahrvollen Ereignisses*[1] und vom *Schiffsuntergange* an gerechnet wird, dessen Eintritt, wenn er nicht festgestellt werden kann, unter gewissen gesetzlichen Voraussetzungen vermuthet wird (15—17)[2].

B. Die Todeserklärung erfolgt im Wege des *Aufgebotsverfahrens* nach CPO. §§ 960—976.

1. *Antragsberechtigt* ist außer dem gesetzlichen Vertreter des Verschollenen Jeder, der an der Todeserklärung ein rechtliches Interesse hat, z. B. Ehegatte, Erben, Leibrentenverpflichtete (CPO. §§ 962. 963).

2. Das zuständige Gericht (CPO. § 961) hat dann ein inhaltlich gesetzlich bestimmtes Aufgebot zu erlassen und in bestimmter Weise öffentlich bekannt zu machen, auch ex officio zur Feststellung des Sachverhaltes mitzuwirken und, wenn es die zur Begründung der Todeserklärung erforderlichen Thatsachen für erwiesen erachtet, die *Todeserklärung durch Urtheil* auszusprechen. Das Urtheil kann nur durch *Anfechtungsklage* beim Landgericht gegen den Antragsteller oder den Staatsanwalt von Jedem angegriffen werden, der an der Aufhebung der Todeserklärung oder an der Berichtigung des Zeitpunktes des Todes ein rechtliches Interesse hat (CPO. §§ 957, Abs. 2. 973. 974—976). Das Anfechtungsgericht hebt eventuell die Todeserklärung auf oder stellt einen anderen Todestag fest (CPO. § 976, Abs. 3).

C. *Die Wirkung der Todeserklärung.* Zweifellos ist, daß die Todesvermuthung die Todeserklärung zur nothwendigen Voraussetzung hat. Das praktische Bedürfniß verlangt aber die *Feststellung eines bestimmten Todeszeitpunktes*. Im bisherigen Rechte streitig und verschieden geregelt war nun die Bedeutung der Todeserklärung in dieser Richtung. Man schrieb ihr kon-

[1] So Planck zu 17, Staudinger Bd. I (99) S. 78. Hölder, Komm. S. 115 Z. 2. A. M. Hellmann, Vortr. S. 8 und Krit. V. J. Schr. Bd. 41 (1899) S. 241 f. der den Beginn des Ereignisses als entscheidend bezeichnet.

[2] Vgl. HGB. §§ 862 ff.

Digitized by Google

stitutive Bedeutung zu, d. h. der Zeitpunkt der Rechtskraft des Urtheiles sollte als Zeitpunkt des Todes gelten, oder nur deklaratorische Bedeutung, d. h. der Zeitpunkt des Todes liegt in dem Zeitpunkt, in dem die Voraussetzungen der Todeserklärung (Alter, Dauer der Verschollenheit) zuerst erfüllt vorliegen. Außerdem wollte man, was prinzipiell zu verwerfen war, als Zeitpunkt des Todes den Zeitpunkt der Antragstellung, wenn hier alle Voraussetzungen der Todeserklärung vorlagen, oder den des Beginnes der Verschollenheit, oder den des Ablaufs der Aufgebotsfrist gelten lassen. Obwohl nun vom Standpunkte des schlesischen Systems aus die praktischen Vorzüge der konstitutiven Bedeutung der Todeserklärung überwiegen, hat sich das BGB. doch für die deklaratorische entschieden.

1. Die Todeserklärung begründet die Vermuthung, daß der Verschollene in dem Zeitpunkt gestorben ist, der im Urtheile festgestellt ist, nicht im Zeitpunkte der Rechtskraft der Todeserklärung. Die Feststellung hat im Urtheil stets zu erfolgen (CPO. § 970, Abs. 2). Ist nur der Todestag festgestellt, so gilt als Zeitpunkt des Todes das Ende des Tages (18, Abs. 3). In erster Linie ist als Todestag derjenige festzustellen, der sich nach den im Aufgebotsverfahren angestellten Ermittelungen ergiebt, und wenn sich nach diesen der Todestag nicht ergiebt (18):

a. bei der gewöhnlichen Verschollenheit der Endpunkt der Verschollenheitsdauer,

b. bei der Kriegsverschollenheit der Zeitpunkt des Friedensschlusses oder der Schluß des Jahres, in dem der Krieg beendet ist, bei der Seeverschollenheit der Zeitpunkt des wirklichen oder vermutheten Unterganges des Schiffes, bei der Verschollenheit nach dringender Lebensgefahr der Zeitpunkt des Abschlusses des fraglichen Ereignisses.

2. Die Todeserklärung wirkt absolut für und gegen Alle, z. B. gegen die Lebensversicherungsgesellschaft, bei welcher der Verschollene auf den Todesfall versichert ist (CPO. § 976, Abs. 3). Sachlich wirkt sie sowohl auf die vermögensrechtlichen wie die familienrechtlichen Verhältnisse.

a. In vermögensrechtlicher Beziehung treten alle Wirkungen des wirklichen Todes ein: Endigung aller höchstpersönlichen Rechte, Fälligkeit von Verpflichtungen, die auf den Tod des Verschollenen gestellt sind (Renten, Pensionen), und besonders kautions-

Digitized by Google

freie Eröffnung der Erbfolge in den Nachlaß des Verstorbenen für die Erben, die sich nach dem festgestellten Todestag ergeben[1].

b. Besonders einschneidend sind die Wirkungen im Familienrecht (Ehe, eheliches Güterrecht, elterliche Gewalt, Vormundschaftsrecht). Sie sind später im Systeme dargestellt.

3. Die Todeserklärung begründet nur eine Vermuthung, die dem Beweise des anderen Sachverhaltes weichen muß (18). Wird gegenüber dem Urtheil ein anderer (früherer oder späterer) Todestag erwiesen oder die Fortdauer des Lebens, so ist dieser Sachverhalt maßgebend entweder nur unter den Parteien oder für und gegen Alle, wenn das Urtheil im Wege der Anfechtungsklage aufgehoben oder abgeändert ist.

Auch hier können die Wirkungen erst im Zusammenhange des Systemes zur Darstellung gelangen.

§ 21.

Die Lebensvermuthung[2].

Die praktische Bedeutung der Lebensvermuthung zeigt sich da, wo das Leben eines Verschollenen nicht bewiesen werden kann, gleichwohl aber die Wahrung der bisher vom Verschollenen erworbenen Rechte und Erwerb neuer Rechte (besonders durch Erbschaft oder Vermächtniß, Leibrentenansprüche) für ihn eintreten soll, die sein

---

[1] Vgl. auch Reichsgesetz v. 11. Juni 1870, §§ 8. 9.

[2] Materialien: M. I. S. 30 ff. P. I. S. 18 ff. 22 f. VI. S. 112. D. S. 4.

Litteratur: 1888: Hölder, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 73, S. 21 f. 28 f. Schilling, Aphorismen, S. 26. 1889: Jacoby, Annalen d. deutschen Reichs, S. 298 ff. Hölder, Jur. Tag 20, Bd. 1, S. 277 f. 261 ff. Heinsen, ebenda, S. 283 f. Bähr, Krit. VJhr. Schr., Bd. 31, S. 353. Gierke, Der Entw., S. 136 f. 1890: Reinhold, Gruch. Beitr., Bd. 34, S. 527. 1891: Hölder, Pandekten I, § 20. 1892: Bähr, Gegenentwurf, S. 2. 6 f. Jakubezky, Bemerkungen, S. 2 f. 1893: Regelsberger I, §§ 59. 61. 1895: Gierke, D. Priv.-R. I, § 42. Kuhlenbeck, Rechtsprechung ꝛc. I, S. 83. 1897: Rehbein, Sächs. Arch. Bd. 7, S. 257 ff. Bunsen I, § 6. Hellmann, Vorträge über das BGB., § 2. 1898: Goldmann-Lilienthal, S. 42. Hachenburg, Das BGB., S. 83 ff. Leske, S. 32. Enneccerus-Lehmann I, §§ 14. 15. Kuhlenbeck, Von den Pandekten I, S. 84 f. 89. Weyl I, § 22. 1899: Endemann I, § 23. Cosack I, § 18. Krückmann, § 4. v. Buchka, § 1. Habicht, Die Einwirkung des BGB. auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse § 12.

Digitized by Google

Leben voraussetzen. Auch die Berechtigung dritter Personen kann vom Leben des Verschollenen abhängen. Ohne eine Lebensvermuthung würden in solchen Fällen alle diese Rechte nicht zur Geltung gebracht werden können.

I. Die Lebensvermuthung hat eine noch wechselvollere Geschichte als die Todesvermuthung. Seit der Lehre der Glossatoren, die mit der Rezeption in Deutschland ihren Eingang fand, ist die selbständige Lebensvermuthung, die, ohne daß eine Todeserklärung stattgefunden hat, platzgreift, und die mit der ausgesprochenen Todeserklärung in Verbindung stehende (abhängige) zu unterscheiden. Die selbständige Lebensvermuthung wurde als allgemeine, wie die Glossatoren sie aufstellten (Bd. I, § 19, I.), verworfen, dagegen behauptete sich die selbständige beschränkte und die abhängige Lebensvermuthung, beide mit verschiedenem Inhalte nach dem sächsischen und schlesischen System. Für den Inhalt der abhängigen Lebensvermuthung machte sich auch der Gegensatz der konstitutiven und bloß deklaratorischen Wirkung der Todeserklärung geltend.

II. Das BGB. kennt die abhängige und die selbständige beschränkte Lebensvermuthung.

A. Da im Urtheil, das die Todeserklärung ausspricht, der Zeitpunkt des Todes des Verschollenen festgestellt wird, so folgt aus dieser Todeserklärung die Vermuthung, daß der Verschollene bis zu diesem Zeitpunkt gelebt hat (abhängige Lebensvermuthung).

B. Hat eine Todeserklärung nicht stattgefunden, so wird für das Leben des Verschollenen vermuthet bis zu dem Zeitpunkt, der im Falle der Todeserklärung als Todeszeitpunkt festzustellen gewesen wäre (vgl. Bd. I, § 20. II, C. Z. 1). Das Leben nach diesem Zeitpunkte wird nicht verneint, nur der Beweis des Lebens und des Todes muß erbracht werden. Wer also den Beweis des Lebens eines Verschollenen in einem bestimmten Zeitpunkte zu führen hat und von der Lebensvermuthung Gebrauch machen will, hat den Beweis zu liefern [1], daß die Verschollenheit (in dem gewöhnlichen Falle) erst innerhalb der letzten zehn oder fünf Jahre vor diesem Zeitpunkte eingetreten ist, er muß also beweisen, daß aus diesem Zeitraum Nachricht vom Verschollenen vorliegt. Liegt die letzte Nachricht

[1] A. M. Planck, Zu § 19. Z. 2.

Digitized by Google

und der Beginn der Verschollenheit vor diesem Zeitraum, so versagt die selbständige Lebensvermuthung. Darin liegt ihre Schwäche (19)[1].

§ 22.

Die Vermuthung des gleichzeitigen Todes[2].

Sind mehrere Menschen in einer gemeinsamen Gefahr umgekommen, so ist die Feststellung des zeitlichen Verhältnisses der mehreren Todesfälle von Bedeutung für die Beerbung dieser Personen. Der Erbe, der einen Erbschein verlangt hat, hat anzugeben, daß vor oder mit ihm berufene Personen den Erbfall nicht erlebt haben, also vor dem Erblasser verstorben sind (2354. 2359). Gerade in solchen Fällen ist der Beweis äußerst schwierig. Das BGB. stellt daher (20) die Vermuthung auf, daß die mehreren Personen gleichzeitig verstorben sind. Die Folge ist, daß keiner der Umgekommenen den anderen beerben kann noch von ihm beerbt werden kann. Eine Ausdehnung dieser Bestimmung auf Fälle, in denen ein gleiches praktisches Bedürfniß der Entscheidung vorliegt, ist ausgeschlossen.

---

[1] Bei der Abwesenheitspflegschaft (Bd. II, § 126) wird allerdings der Verschollene über die Grenze der Lebensvermuthung (19) hinaus als lebend behandelt, ohne daß es des Beweises des Lebens bedürfte. Vgl. Hölder, Jur. Tag 20, Bd. 1 (1889), S. 260 ff. A. M. Riesenfeld, a. a. O., S. 122 f.

[2] Materialien: M. I. S. 32, P. I. S. 30 f.

Litteratur: s. Bd. I, § 19, Note 2, § 20, Note 3. 1888. Bähr, Zur Beurtheilung, S. 2. Bekker, Beitr. H. 2, S. 10 ff. Schilling, Aphorismen, S. 26. 1889: Hölder, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 73, S. 28. 1890: Reinhold, Gruch. Beitr., Bd. 34, S. 527 f. 1891: Hölder, Pandekten I, § 21. 1893: Regelsberger I, § 60. 1895: Gierke, D. Pr.-R. I, § 42. Kuhlenbeck, Rechtsprechung I, S. 84. 1897: Bunsen I, § 6. Hellmann, Vorträge über das BGB., § 2. 1898: Goldmann-Lilienthal S. 41. Leske, S. 28. Enneccerus-Lehmann I, § 12. Kuhlenbeck, Von den Pandekten I, S. 95 f. Weyl I, § 22. 1899: Endemann I, § 42. Cosack I, § 18. Krückmann, § 4. v. Buchka, § 1.

Digitized by Google

2. Kapitel.

Die Eigenschaften, Beziehungen und Zustände der Menschen.

§ 23.

Natürliche Zustände[1].

Die Anerkennung aller Menschen als Rechtssubjekte ist eine Forderung der Gerechtigkeit, der unsere Privatrechtsordnung entspricht. Daß alle Menschen vor dem Privatrechte absolute Gleichbehandlung genießen, entspricht der Gerechtigkeit dagegen nicht. Die natürlichen und sozialen Beziehungen, die sittlichen Eigenschaften, die rechtlichen Beziehungen und das religiöse Bekenntniß können nicht ohne Ein-

[1] Materialien: M. I. S. 26. 52 ff. 60 ff. II, S. 732 f. IV, S. 239 f. 363 f. 510. 1073 ff. 1213. P. I. S. 31 f. 45 f. IV, 751. 840 f. VI, S. 112. 1 19 ff. 643. 686 f. 701. D. S. 2 f. Begründg. d. Nov. z. CPO, S. 87 ff. BRR. z. Nov. z. CPO. S. 384 f. Denkschr. z. GFG. S. 42 ff.

Litteratur: 1888: Hölder, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 73, S. 27. 30 ff. Schilling, Aphorismen, S. 34 f. Poland, Bemerkungen, S. 8 f. Zródlowski, Kodifikationsfragen, S. 47. Roth, VJhr. Schr. f. ger. Mediz. n. F., Bd. 49, S. 223 ff. 1889: Gierke, Der Entwurf, S. 55. 139 ff. Mendel, Die Geisteskranken im Entwurf. Zitelmann, Beitr., H. 7/8, S. 36 f. 73 f. 75, Note 96. 76 f. 161. Jacoby, Annalen des d. Reichs, S. 300 ff. 1890: Derselbe, Gruch. Beitr., Bd. 34, S. 574 f. 582. 591 f. Rocholl, Vorschläge, S. 9. 14 ff. Reinhold, Gruch. Beitr., Bd. 34, S. 535 ff. Altsmann, Arch. f. die civ. Pr., Bd. 76, S. 368. 1891: Hölder, Pandekten I, §§ 23. 25. 1892: Bähr, Gegenentwurf, S. 1 f. Jakubezky, Bemerkungen S. 7. 1893: Hölder, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 80, S. 12 ff. 24 ff. Regelsberger I, §§ 62—64. 1895: Gierke, D. Priv.-Recht I, §§ 43—45. Kuhlenbeck, Rechtsprechung I, S. 85 ff. Heinzerling, Arch. f. prakt. R.-Wissenschaft 3 F., Bd. 6, S. 49 ff. 111 ff. 1896: Dernburg, Persönliche Rechtsstellung, S. 7 ff. Friedländer, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 86, S. 437 ff. 1897: Hardeland, Jahrb. f. Dogm., Bd. 37, S. 95 ff. Milferstädt, Gruch. Beitr., Bd. 41, S. 508 ff. Bunsen I, §§ 2. 3. Hellmann, Vorträge über d. BGB., § 3. 1898: Goldmann-Lilienthal, S. 37 ff. Hachenburg, Das BGB., S. 67. 106 ff. 169 ff. 188 ff. Leske, S. 33 ff. Enneccerus-Lehmann I, §§ 16 ff. Kuhlenbeck, Von den Pandekten I, S. 97 ff. 116 ff. 132 ff. Weyl I, §§ 17—19. 24. 25. Mandry-Geib, §§ 1—3. 1899: Endemann I, §§ 22. 27—36. 39. Cosack I, §§ 19—21. Krückmann, § 5. v. Buchka, § 1. Daude, Das Entmündigungsverfahren gegen Geisteskranke (2. A.) Friedländer, Arch. f. d. civ. Prax. Bd. 89, S. 197 ff. Brasch, Die Geisteskranken im BGB. Habicht, Die Einwirkung des BGB. auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse §§ 8. 9.

Digitized by Google

fluß bleiben auf die den einzelnen Menschen zuerkannte Privatrechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit (vgl. Bd. I, § 18).

I. Der Geschlechtsunterschied. Es giebt nur zwei Geschlechter. Sogenannte Zwitter sind nach sachverständigem Urtheil dem männlichen oder weiblichen Geschlechte zuzurechnen. Beide Geschlechter stehen im Privatrechte gleich[1], nur im ehelichen Verhältniß und im Eltern- und Kindesrecht behauptet der Mann den Vorrang vor der Ehefrau bez. Mutter. Die elterliche Gewalt der Mutter ist auch nicht durchweg gleichen Inhaltes wie die des Vaters. Im Vormundschaftsrechte besteht als Regel nur noch die Untauglichkeit der Frauen, keine Unfähigkeit. Im Erbrechte ist jede Zurücksetzung, soweit nicht Vorbehalte für das Landesrecht in Betracht kommen (Lehn-, Fideikommißrecht), gefallen, und auch die Fähigkeit der Frauen zum Testamentszeugniß (2237) ist anerkannt. Aeltere, mehr als Beschränkungen wirkende beneficia juris (Interzessionsschranken, error juris) sind gefallen, wie die Beschränkungen der Handlungsfähigkeit der Ehefrauen in Folge ehemännlicher Vormundschaft. Die Einschränkungen, die in letzterer Hinsicht noch vorhanden sind (vgl. Bd. II, § 84) fließen nicht aus der ehemännlichen Vormundschaft.

II. Das Alter. Daß das Alter, besonders das jugendliche Alter, nicht nur die allgemeine Handlungsfähigkeit (Geschäftsfähigkeit und Verantwortlichkeit für unerlaubte Handlungen), sondern auch die besondere Handlungsfähigkeit zu gewissen Rechtsakten und Verhältnissen beeinflußt, ist niemals verkannt worden. An sich ist bei der weitgehenden Verschiedenheit der Individuen eine individuelle Entscheidung gerechtfertigt, Zweckmäßigkeitserwägungen haben aber im römischen wie im deutschen Recht schon frühzeitig zur Aufstellung fester abstrakter Altersstufen geführt. Nur bei der Deliktsfähigkeit hielt das römische und gemeine Recht den individuellen Maßstab fest. Seit der Rezeption des römischen Rechtes stellte sich im gemeinen Recht im Anschlusse an das mittelalterliche deutsche Recht die Regelung heraus, daß die infantes bis zum 7. Lebensjahre jeder Handlungsfähigkeit entbehrten, daß die Minderjährigen vom 7. bis zum vollendeten 25. Lebensjahr, mochten sie unter väterlicher Gewalt oder Altersvormundschaft stehen, veräußerungs- und verpflichtungs-

[1] Im öffentlichen Recht hat die Gleichstellung gleichfalls Fortschritte gemacht. Im Prozeßrechte: CPO. §§ 52. 79. 90. 1032. Vgl. i. A. Planck, Die rechtliche Stellung der Frau nach dem BGB. (1899. Vortr.)

Digitized by Google

unfähig waren, daß innerhalb der Minderjährigkeit für gewisse Rechtsverhältnisse und für die Deliktsfähigkeit die besonderen Altersgrenzen des römischen Rechtes maßgeblich blieben und auch dem höheren Lebensalter eine gewisse privatrechtliche Bedeutung zukam. Diese Regelung ging i. A. in die Partikularrechte über. Die Unterschiede in der Normirung der Grenze der Minderjährigkeit (Volljährigkeitstermin) wurden durch das Reichsgesetz vom 17. Februar 1875 beseitigt, welches die Volljährigkeit mit dem vollendeten 21. Lebensjahr eintreten ließ. Das BGB. knüpft an diese Entwicklung an.

A. Allgemeine Bedeutung hat das jugendliche Alter für die Geschäftsfähigkeit und die Verantwortlichkeit aus unerlaubten Handlungen (Deliktsfähigkeit).

1. Geschäftsfähigkeit ist die Fähigkeit, Willenserklärungen abgeben zu können, deren gewollter rechtlicher Erfolg mit Rücksicht darauf, daß er gewollt ist, eintritt. Sie ist eine Art der Handlungsfähigkeit, nämlich die Fähigkeit zu Rechtsgeschäften. Sie muß demnach bei allen Handlungen gefordert werden, die Rechtsgeschäfte sind. Sie wird aber vom BGB. auch gefordert bei anderen Handlungen, die nicht rechtsgeschäftlichen Charakter tragen. Das Nähere ist in der Lehre vom Rechtsgeschäft entwickelt (Bd. I, §§ 46. 47).

a. Innerhalb des jugendlichen Alters sind zu unterscheiden:

α. das Kindesalter bis zum vollendeten 7. Lebensjahr[1] (104) und

β. das Alter der Minderjährigkeit bis zum vollendeten 21. Lebensjahr (2)[1]. Die durch Volljährigkeit begründete Stellung kann uneingeschränkt auch durch Volljährigkeitserklärung (3—5) erlangt werden[2]. Diese setzt voraus, daß der Minderjährige das 18. Lebensjahr vollendet und seine Einwilligung gegeben hat. Da mit der Volljährigkeit die elterliche Gewalt erlischt, ist die Einwilligung des Inhabers der elterlichen Gewalt erforderlich. Diese Einwilligung entfällt allgemein, wenn dem Gewalthaber weder die Sorge für die Person noch für das Vermögen zusteht, und für die minderjährige Wittwe, obwohl durch die Verheirathung die elterliche Gewalt über sie nicht aufgehoben war. Die

[1] Bei Berechnung dieser Zeiträume wird der Geburtstag mitgezählt; die betreffende Altersgrenze ist erreicht mit dem Anfange des entsprechenden Geburtstages (187. 188).

[2] Ob in rechtsgeschäftlichen Akten, die an die Volljährigkeit anknüpfen, dieser die Volljährigkeitserklärung gleichzustellen ist, ist selbstverständlich Auslegungsfrage.

Digitized by Google

Volljährigkeitserklärung erfolgt auf Antrag durch Beschluß des Vormundschaftsgerichtes (EG. Art. 147[1], GFG. §§ 32. 56. 196), sie soll aber nur erfolgen, wenn sie das Beste des Minderjährigen befördert, ist also keineswegs unwirksam, wenn sie ohne diese Voraussetzung ausgesprochen wurde.

Die Volljährigkeitserklärung ist der einzige Weg, auf dem der Minderjährige die Stellung des Volljährigen erlangen kann.

b. Personen im Kindesalter sind geschäftsunfähig, Minderjährige in der Geschäftsfähigkeit beschränkt. Den bedeutenden Unterschieden innerhalb der Klasse der Minderjährigen ist im BGB. durch das Institut der Volljährigkeitserklärung und die näheren Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit der Minderjährigen Rechnung getragen (vgl. Bd. I, § 47). Alle jugendlichen Personen sind selbstverständlich zu solchem Rechtserwerbe fähig, der Geschäftsfähigkeit nicht voraussetzt, und ebenso werden sie verpflichtet, wo die Verpflichtung unmittelbar aus Gesetz entsteht (z. B. aus ungerechtfertigter Bereicherung).

2. Die Verantwortlichkeit aus unerlaubten Handlungen und gemäß 276, Abs. 1, Satz 3 auch die aus Verletzung schuldrechtlicher Verpflichtungen fehlt bei Kindern gänzlich, bei Minderjährigen unter 18 Jahren dann, wenn sie bei Begehung der schädigenden Handlung die zur Erkenntniß der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht nicht gehabt haben. Hier kommt also ein individueller Maßstab zur Anwendung. Fehlt die Verantwortlichkeit, so ist dadurch die Haftung, welche Verantwortlichkeit nicht vorausgesetzt (829), nicht ausgeschlossen (828, vgl. Str.GB. §§ 55—57).

B. Kinder und Minderjährige stehen unter Altersvormundschaft, wenn sie nicht unter elterlicher Gewalt stehen (1773).

C. Außerdem ist das Alter in zahlreichen privatrechtlichen Vorschriften von Bedeutung, z. B.:

1. Die Ehemündigkeit tritt für den Mann mit der Volljährigkeit, für die Frau mit dem vollendeten 16. Lebensjahre ein (1303).

2. Das elterliche Recht der Einwilligung zur Ehe-

---

[1] Durch die Ausführungsgesetze ist vielfach das Ministerium für zuständig erklärt: Mecklenb.-(Schw.-Strel.) AV. z. BGB. § 10. Bayr. AG. z. BGB., Art. 2. Sachsen-Weim. AG. z. BGB. § 5. Anhalt. AG. z. BGB., Art. 1. Braunschweig. AG. z. BGB. § 3; Dagegen gilt BGB. nach Sachsen-Alt. AG. z. BGB. § 1.

Digitized by Google

schließung besteht gegenüber den Kindern unter 21 Jahren, auch wenn sie für volljährig erklärt sind (1305).

3. Der Unterhaltsanspruch steht dem unehelichen Kinde bis zum vollendeten 16. Lebensjahre zu (1708).

4. Die aktive Fähigkeit zur Annahme an Kindesstatt beginnt mit dem vollendeten 50. Lebensjahr, außerdem ist hier der Altersunterschied von 18 Jahren zwischen dem Annehmenden und dem anzunehmenden Kinde von Bedeutung. Die elterliche Einwilligung zur Annahme ist bei Kindern über 21 Jahren nicht erforderlich. Für Kinder unter 14 Jahren kann der Annahmevertrag vom gesetzlichen Vertreter geschlossen und die Einwilligung zur Legitimation ertheilt werden (1744. 1747. 1750. 1728).

5. Wer das 60. Lebensjahr vollendet hat, kann eine Vormundschaft ablehnen (1786). Vor gewissen Entscheidungen des Vormundschaftsgerichts sind Mündel von 14 bezw. 18 Jahren zu hören (1827).

6. Die Testamentsfähigkeit tritt mit dem vollendeten 16. Lebensjahr ein (2229).

D. Eine Sonderstellung der Minderjährigen ist im Privatrecht insofern begründet, als z. B.:

1. die privatrechtlichen Folgen der Wuchergesetzgebung (Str.GB. §§ 301. 302) in Frage kommen,

2. die Minderjährigkeit Hemmungsgrund für die Verjährung von Ansprüchen zwischen Eltern und Kindern ist (204),

3. die Verschollenheitsfrist erst von der Volljährigkeit an läuft (14, Abs. 1) und

4. Minderjährige auf das mündliche ordentliche Testament beschränkt (2238) und als Testamentszeugen untauglich sind (2237). Die Wiedereinsetzung in den früheren Stand ist dem BGB. unbekannt[1].

III. Krankheit.

A. Körperliche Krankheit[2] ist entweder vorübergehende Störung des normalen körperlichen Zustandes oder dauerndes Leiden, Gebrechen und allgemeine körperliche Schwäche. Eine Beschränkung der Rechtsfähigkeit tritt niemals ein. Die wichtigsten Folgen sind:

[1] Vgl. CPO. § 232. Auch im Gebiete der Vorbehalte für das Landesrecht ist die Rechtswohlthat vielfach beseitigt. Vgl. Mecklenb.-Schwer. AV. z. BGB. § 34. Mecklenb.-Strel. AV. z. BGB. § 33. Sachs.-Altenb. AG. z. BGB. § 20. Sachsen-Weim. AG. z. BGB. § 4. Anhalt. AG. z. BGB., Art. 10.

[2] Scholz, Die Verfügungsfähigkeit eines Epileptikers (1899).

Digitized by Google

1. Anordnung einer Vormundschaft über volljährige Gebrechliche (Taube, Stumme, Blinde ꝛc.) oder Anordnung einer Pflegschaft (Bd. II, §§ 125. 126).

2. Die Verantwortlichkeit eines Taubstummen bestimmt sich wie die der Minderjährigen (828).

3. Krankheit und Gebrechen berechtigen zur Ablehnung der Vormundschaft (1786)[1].

B. Abnormer geistiger Zustand.

1. Den Vorschriften des BGB. liegt die Unterscheidung zu Grunde zwischen:

a. geistiger Erkrankung[2], bei der besondere Formen oder volle oder nur theilweise Geisteskrankheit nicht unterschieden werden,

b. Zustände vorübergehender Bewußtlosigkeit oder vorübergehender Störung der Geistesthätigkeit, in denen die freie Willensbestimmung ausgeschlossen ist, wie hochgradige Trunkenheit, Zornmüthigkeit, Schrecken, hypnotische Zustände, Nachtwandeln, Fieberzustände,

c. Geistesschwäche, die nicht Geisteskrankheit ist.

2. Die rechtliche Bedeutung dieser Zustände ist eine verschiedene.

a. Die im Zustande der Bewußtlosigkeit ꝛc. (1. b) abgegebenen geschäftlichen Willenserklärungen sind nichtig (105, Abs. 2)[3] und Verantwortlichkeit für in diesem Zustande begangene unerlaubte Handlungen besteht nicht (827).

b. Die Geisteskrankheit (1. a.) hat für sich

α. die Geschäftsunfähigkeit und die Aufhebung der Verantwortlichkeit zur Folge, wenn die freie Willensbestimmung, d. h. die Bestimmbarkeit des Willens, durch vernünftiges Abwägen der für und gegen ein bestimmtes Verhalten sprechenden Motive ausgeschlossen ist. Es wird hiermit nicht völlige Vernunftlosigkeit verlangt, sondern nur ein hoher Grad geistiger Abnormität. Dieser kann im Sinne des Gesetzes vorliegen, obwohl der Geisteskranke die Fähigkeit z. B. zu bestimmter geistiger Thätigkeit besitzt. Die Folge der Geschäftsunfähigkeit ist die Nichtigkeit der abgegebenen Willenserklärungen. Wer sich auf die Geschäftsunfähigkeit beruft,

[1] Vgl. ferner: 2243. 2276. 617. 1401. 1450. 1379. 2250. HGB. §§ 72. 667 553. Für das öffentliche Recht: CPO. §§ 905. 1032. GVG. §§ 33. 85. 130.

[2] Ueber den Begriff vgl. Stammler, d. Recht der Schuldverhältnisse ꝛc., S. 16.

[3] Für die Eheschließung vgl. 1325 (Bd. II, § 80).

Digitized by Google

hat die Geisteskrankheit zu beweisen. Geschäftsfähigkeit und Verantwortlichkeit kehren aber zurück während der lichten Zwischenräume (dilucida intervalla), in denen vorübergehende geistige Normalität besteht (104, Z. 2. 105, Abs. 1. 827)[1].

β. Der Geisteskranke wird entmündigt, wenn er seine Angelegenheiten nicht zu besorgen vermag. Damit ist gegenüber Z. 1 eine besondere Voraussetzung nicht aufgestellt. Die Entmündigung tritt auch bei geisteskranken Minderjährigen ein (6, Z. 1). Das Entmündigungsverfahren ist in der CPO. §§ 645 ff. geregelt; es findet nur auf Antrag statt. Antragsberechtigt (CPO. § 646) sind i. A. der Ehegatte, Verwandte, der gesetzliche Vertreter, dem die Sorge für die Person des Mündels zusteht, und der Staatsanwalt. Die Entmündigung erfolgt durch Beschluß (CPO. § 659), der mit der Zustellung an den gesetzlichen Vertreter des Entmündigten oder mit der Bestellung des Vormundes in Kraft tritt (CPO. § 661). Gegen den Entmündigungsbeschluß findet Anfechtungsklage (CPO. §§ 664 ff.) statt. In diesem Fall wird die Entmündigung durch Urtheil des Landgerichtes aufgehoben (CPO. § 672). Es kann aber auch auf Antrag des Entmündigten, seines gesetzlichen Vertreters, der die Sorge für dessen Person hat, und des Staatsanwaltes eine Wiederaufhebung der Entmündigung durch Beschluß des Amtsgerichtes oder, falls der Antrag abgelehnt wird, durch Urtheil des Landgerichtes eintreten (CPO. §§ 675—679).

Der wegen Geisteskrankheit Entmündigte ist eo ipso geschäftsunfähig (104, Z. 3), ohne Rücksicht darauf, ob er wirklich geisteskrank ist und lichte Zwischenräume eintreten. Die Verantwortlichkeit dagegen wird nur durch die wirkliche Geisteskrankheit aufgehoben.

Die Entmündigung zieht weiter die Anordnung der Vormundschaft nach sich. Schon nachdem der Antrag auf Entmündigung eines Volljährigen gestellt ist, kann eine vorläufige Vormundschaft eingerichtet werden mit der selbständigen Folge der Beschränkung der Handlungsfähigkeit (1906—1908. 114 CPO. § 657), die von Bedeutung ist, wenn wirkliche Geisteskrankheit nicht vorliegt. Sobald die Entmündigung eingetreten ist, wird die defini-

[1] Für die Eheschließung vgl. 1325, Bestellung zum Vormunde: 1780, Verjährung: 206.

Digitized by Google

tive Vormundschaft über den entmündigten Volljährigen eingerichtet (1896)[1].

c. Die Folgen der Geistesschwäche, die nicht Geisteskrankheit ist.

α. Der Geistesschwache, der seine Angelegenheiten nicht zu besorgen vermag, wird entmündigt (6, Z. 1) und damit in der Geschäftsfähigkeit beschränkt (114, vgl. 2229. 2230. 2275), nicht in der Verantwortlichkeit.

β. Der Antrag auf Entmündigung und die Entmündigung selbst zieht bei Volljährigen die vorläufige oder definitive Vormundschaft nach sich (vgl. b.).

γ. Begründet die Geistesschwäche nur theilweises Unvermögen zur Besorgung der eigenen Angelegenheiten, so kann eine Pflegschaft über den Geistesschwachen (1910, Abs. 2) eingerichtet werden, die eine Beschränkung der Handlungsfähigkeit nicht zur Folge hat.

IV. Die Verwandtschaft findet ihre Darstellung im Familienrechte und Erbrechte (Bd. II, §§ 99—101).

§ 24.

Sittliche Zustände[2].

Es handelt sich um die rechtliche Bedeutung der Verschwendung, Trunksucht und Ehre.

---

[1] Vgl. 1418, Z. 3. 1425. 1428, Abs. 2. 1542. 1547. 1780.

[2] Materialien: M. I. S. 27. 62 ff., II. S. 732. P. I. S. 31 ff. VI. S. 488. 694 ff. D. S. 3. BRR., S. 3 f. Begründg. d. Nov. z. CPO. S. 96 ff.

Litteratur: 1888: Hölder, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 73, S. 33 f. Schilling, Aphorismen, S. 27. Lammers, Jur. Tag 19, Bd. 1, S. 157 ff. Fuld, ebenda, S. 85 ff. Jur. Tag 19, Bd. 3, S. 213 ff. 320. Bekker, Beitr., H. 2, S. 69. 1889: Zitelmann, Beitr., H. 7/8, S. 75 ff. 79 ff. 87 ff. Jacoby. Annalen des d. Reichs, S. 303. Mendel, Die Geisteskranken im Entwurf, S. 23 ff. 41 f. Bähr, Krit. VJhr.Schr., Bd. 31, S. 365. Gierke, Der Entwurf, S. 140. Fischer, Beitr., H. 6, S 29. 1890: Jacoby, Gruch. Beitr., Bd. 34, S. 573 f. Fuld, Jur. Tag 21, Bd. 1, S. 97 ff. David, GA., S. 90 f. Steiniger, Voraussetzungen und Wirkungen der Entmündigung des Verschwenders (Differt.). Rocholl, Vorschläge, S. 15. 1891: Hiller, Jur. Tag 21, Bd. 2, S. 70 ff. Hölder, Pandekten I, §§ 23. 25. 1892: Jur. Tag 21, Bd. 3, S. 350 ff. 458 ff. Bähr, Gegenentwurf, S. 2. Endemann, F., Ueber die gesetzl. Regelung der Trunksucht (Vortr.). Jakubezky, Bemerkungen, S. 8. 1893: Hölder, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 80, S. 13 ff. Regelsberger I, §§ 65. 66. 1895: Gierke, D. Priv.-R. I, §§ 45. 52. 53. Kuhlenbeck, Rechtsprechung I, S. 87 ff. 1896: Dernburg, Die persönliche

Digitized by Google

I. Verschwendung[1].

Im römischen wie im deutschen Recht ist schon frühzeitig eine Entmündigung (Interdiktion) des Verschwenders mit der Folge der Beschränkung der Geschäftsfähigkeit auf dem Gebiete des Vermögens- und Erbrechtes und der Stellung unter Vormundschaft entwickelt. Die Geschäftsunfähigkeit ist dann im modernen Rechte auf das Gebiet des Familienrechtes ausgedehnt, bei letztwilligen Geschäften aber ganz oder theilweise fallen gelassen. An diese Entwickelung knüpft das BGB. an, ist also nicht den Gesetzen gefolgt, die eine Beschränkung der Handlungsfähigkeit ablehnen und sich mit einer Beistandschaft begnügen.

A. Die Verschwendung führt zur Entmündigung des Verschwenders, wenn er durch dieselbe sich oder seine Familie der Gefahr des Nothstandes aussetzt (6, Z. 2).

1. Beruht die Verschwendung auf Geisteskrankheit, so scheidet sie hier aus. Die Verschwendung richtiger die Verschwendungssucht, kann sich in der Lebensweise wie in der Geschäftsführung, in positiven wie negativen Handlungen äußern. Daß dieses Verhalten vorhandenes Vermögen tangirt, ist nicht erforderlich. Auch der mittellose Schuldenmacher kann Verschwender sein, insofern er sich für die Zukunft engagirt. Immer muß aber das Verhalten objektiv das gewöhnliche Maß überschreiten und in einem Mißverhältniß zum Vermögen des Verschwenders wie zu dem verfolgten Zwecke stehen. Es muß ferner dieses Verhalten die Annahme der Fortdauer und Wiederholung rechtfertigen, sich als Ausfluß eines unwirthschaftlichen Hanges darstellen, und es muß die Besorgniß begründet sein, daß der Verschwender sich oder seine Familie in die Gefahr des Nothstandes bringt. Als Gefahr des Nothstandes wird aber schon die Gefährdung der standesgemäßen Weiterexistenz des Verschwenders oder seiner Familie gelten müssen. Die Familie begreift hier wohl nur diejenigen Personen, für die der Verschwender auf Grund seiner

Rechtstellung, S. 21 f. 1897: Bunsen I, § 3. Hellmann, Vorträge über d. BGB., §§ 3. 16. Milferstädt, Gruch. Beitr., Bd. 41, S. 508 ff. 1898: Goldmann-Lilienthal, S. 36. 40. Leske, S. 34 ff. Enneccerus-Lehmann 1, §§ 22—24. Kuhlenbeck, Von den Pandekten I, S. 124 ff. 144 ff. Weyl I, §§ 19. 28. Mandry-Geib, §§ 8. 9. 1899: Endemann I, §§ 37—39. Cosack I, §§ 21. 23. Krückmann, § 5. v. Buchka, § 1. Friedländer, Arch. f. d. civ. Prax. Bd. 89, S. 197 ff. Habicht, die Einwirkung des BGB. auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse § 10.

[1] Zur Geschichte vgl. Heucke, Begriff und Rechtsstellung des Verschwenders (Diss. 1898).

Digitized by Google

Familienbeziehungen rechtlich zu sorgen verpflichtet ist, d. h. Ehegatten und Verwandte in gerader Linie (1360. 1601), nicht dagegen die erbberechtigten Verwandten als solche. Auch Minderjährige können als Verschwender entmündigt werden.

2. Das Verfahren ist durch die CPO. §§ 680—687 im Anschluß an die Bestimmungen über Entmündigung Geisteskranker geregelt. Die Entmündigung findet auch hier nur auf Antrag statt. Das Antragsrecht steht aber dem Staatsanwalt nicht zu, nach Landesrecht aber auch Gemeinden und Armenverbänden (CPO. § 680). Die Entmündigung tritt mit der Zustellung des Entmündigungsbeschlusses in Wirksamkeit (CPO. § 683). Der Beschluß kann durch landgerichtliches Urtheil auf Anfechtungsklage des Entmündigten (CPO. § 684), die Entmündigung durch Beschluß des Amtsgerichtes auf Antrag des Entmündigten oder seines gesetzlichen Vertreters, dem die Sorge für die Person zusteht, oder durch Urtheil des Landgerichtes aufgehoben werden (CPO. §§ 685. 686). Die Entmündigung und die Wiederaufhebung ist öffentlich bekannt zu machen (CPO. § 687).

3. Die Folgen der Entmündigung.

a. Der Entmündigte ist in der Geschäftsfähigkeit beschränkt (114). Die Testirunfähigkeit tritt schon mit dem Antrage auf Entmündigung ein (2229, vgl. aber 2230. 2275, Bd. II, § 131). Seine Verantwortlichkeit wird nicht berührt.

b. Die Entmündigung Volljähriger zieht die vorläufige oder definitive Vormundschaft nach sich (1906—1908. 1896)[1].

B. Die Verschwendung zieht auch ohne Entmündigung des Verschwenders selbständige Folgen nach sich, z. B. 1468, Z. 4. 1495, Z. 4. 2338. 1611. In diesen Fällen bedeutet Verschwendung lediglich die Gefährdung vorhandenen Vermögens oder späteren Erwerbes.

II. Trunksucht[2].

A. Der Trunksüchtige wird entmündigt (6, Z. 3). Trunksucht im Sinne des Gesetzes liegt noch nicht vor bei gewohnheitsmäßigem, übermäßigem Genuß alkoholischer Getränke, es muß

[1] Weitere Folgen der Entmündigung im Eherecht: 1418, Z. 3. 1428, Abs. 2. 1468, Z. 4. 1495, Z. 4, 1542, Abs. 1. 1547, Abs. 2; im Elternrecht: 1676: Abs. 2; im Vormundschaftsrecht: 1780.

[2] Colla, Die Trinkerversorgung unter dem BGB. (1899). Erlenmeyer, Die Entmündigung wegen Trunksucht nach dem BGB. (1899).

Digitized by Google

dieser sich als Aeußerung eines starken sittlichen Defektes darstellen, so daß entweder

1. der Trunksüchtige seine Angelegenheiten (vermögensrechtliche und familienrechtliche, Rechts- und sonstige Angelegenheiten z. B. des Berufes) nicht zu besorgen vermag, oder

2. sich und seine Familie der Gefahr des Nothstandes aussetzt, oder

3. die Sicherheit Anderer gefährdet.

Auch Minderjährige können wegen Trunksucht entmündigt werden. Das Verfahren entspricht dem zur Entmündigung von Verschwendern vorgeschriebenen (I, A. Z. 2), nur kann das Gericht den Beschluß über die Entmündigung aussetzen, wenn Aussicht auf Besserung besteht (CPO. § 681).

B. Die Folgen der Entmündigung sind hier die gleichen wie im Falle der Verschwendung (I. A. Z. 3).

Der Vormund hat das Recht und die Pflicht, das Mündel in eine Heilanstalt zu bringen (1901). Auch ohne Entmündigung kann die Trunksucht als ehrloses oder unsittliches Verhalten von rechtlicher Bedeutung sein (z. B. 1611. 1666).

III. Ehre, Ehrenminderung.

Das römische wie das deutsche Recht haben in den Instituten der infamia bez. der Echtlosigkeit, Rechtlosigkeit und Ehrlosigkeit die Bedeutung der ungeminderten Ehre für die privatrechtliche Stellung des Einzelnen anerkannt. Die infamia ist in das gemeine Recht nicht übernommen. Die partikuläre deutsche Rechtsbildung ruhte im Wesentlichen auf deutscher Grundlage, in der Gesetzgebung seit der Mitte des vorigen Jahrhunderts schwinden aber zum Theil die alten Unterscheidungen, zum Theil wird der Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte von den Strafgesetzen, so auch vom Reichsstrafgesetzbuch, §§ 31—37, normirt. Neben der Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte kommt aber auch die Ehrenminderung in Betracht, die der Einzelne im sittlichen Urtheile seiner Mitmenschen erfährt (Bescholtenheit, turpitudo).

A. Die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte nach dem RStr.GB. ist eine Nebenstrafe, auf die neben Todes-, Zuchthaus- und Gefängnißstrafe erkannt werden kann oder in einzelnen Fällen erkannt werden muß. Neben der Zuchthausstrafe tritt der Verlust gewisser Ehrenrechte von Rechtswegen ein. Immer handelt es sich um den Verlust bestimmter bürgerlicher Ehrenrechte. Sie liegen meistens auf dem Gebiet des öffentlichen Rechtes und sind

Digitized by Google

von indirekter Bedeutung für die Privatrechtsstellung, zum Theile berühren sie diese direkt. Die privatrechtliche Wirkung ergiebt sich aus dem RStr.GB., anderen Reichsgesetzen und dem BGB[1]:

1. Verlust der öffentlichen Aemter, Würden, Titel, Orden, Ehrenzeichen und Unfähigkeit zu öffentlichen Aemtern (RStr.GB. §§ 33. 34, Z. 3. § 31, Abs. 1[2].

2. Unfähigkeit zum Solennitätszeugniß (RStr.GB. § 34, Z. 5)[3] besonders zum Ehezeugen (1318), Testamentszeugen (2237, Z. 2. 2249. 2276. 2290), Testamentsdolmetscher (2244).

3. Unfähigkeit, Vormund, Gegenvormund, Pfleger, Beistand der Mutter, Mitglied eines Familienrathes oder Kurator zu sein (RStr.GB. § 34, Z. 6, vgl. EG. Art. 34. 1781. 1694. 1792. 1866. 1897. 1915).

4. Beschränkte Unfähigkeit zum Gewerbebetrieb (RGO. § 106. HGB. § 81).

5. Ablehnbarkeit des Schiedsrichters (CPO. § 1032).

6. Verlust der Mitgliedschaft, des Stimmrechtes, der Ehrenstellungen innerhalb bestimmter Verbände, z. B. Genossenschaften, eingetragene Hilfskassen, Innungen, Krankenkassen, Berufsgenossenschaften der Unfallversicherung und der Versicherungsanstalten der Invaliditäts- und Altersversicherung nach den betreffenden Reichsgesetzen.

B. Die Bescholtenheit (turpitudo) kommt z. B. in Betracht

1. als Scheidungsgrund (1568),

2. als Grund, in das Erziehungsrecht des Vaters einzugreifen (1666),

3. als Grund zur Ausschließung und Entlassung des Vormundes (1778. 1779. 1886),

4. als Grund der Entziehung des Pflichttheiles (2333, Z. 5),

5. für die Beschränkung des Unterhaltsanspruches (1611) oder die Verweigerung der Aussteuer seitens der Eltern (1621)[4]. In allen diesen Fällen ist Derjenige, dem die bürgerlichen Ehrenrechte aberkannt sind, nicht eo ipso auch bescholten[5].

---

[1] Ob auch das Landesrecht weitere Folgen an die Ehrenstrafe anknüpfen kann, ist bestritten. Dagegen Mandry-Geib, S. 98 ff. Dafür Gierke I, S. 428, Note 12.

[2] Vgl. RAO., § 5, Z. 1. § 6, Z. 2. § 21, Z. 3. § 24. Reichsgesetz vom 2. Juni 1878 § 3.

[3] Vgl. Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 §§ 13. 52. 53.

[4] Vgl. RGO. §§ 111. 112. 133a.

[5] A. M. Gierke I, S. 430, Note 29.

Digitized by Google

§ 25.

Rechtliche Situation[1].

Die Thatsache, daß der Einzelne einer größeren Gemeinschaft angehört (dem Staate, einer Kirche oder Religionsgemeinschaft, einem Stande), daß er sich in einem familienrechtlichen Unterordnungsverhältniß (Vormundschaft, elterliche Gewalt) oder in der Lage des Konkursschuldners befindet, kann auf seine privatrechtliche Stellung zurückwirken.

I. Die Staatsangehörigkeit[2].

Im römischen wie im deutschen Recht galt der Grundsatz, daß die Rechtsfähigkeit von der Staatsangehörigkeit abhängt. Der Fremde ist rechtlos. Im heutigen Privatrechte gilt der Grundsatz der Gleichstellung der Fremden nach Maßgabe des Reziprozitäts- und Retorsionsprinzipes, d. h. der Ausländer wird im Inlande nicht dem Staatsangehörigen gleich behandelt, wenn nicht dem Deutschen in dem betreffenden Staate die Gleichstellung mit dessen Angehörigen verbürgt ist, und Fremde können im Inlande den gleichen Rechtsnachtheilen unterworfen werden, die der Deutsche in dem fremden Staate im Verhältnisse zu dessen Angehörigen zu tragen hat. Den Grundsatz

[1] Materialien: M. I. S. 26 f., IV. S. 106. 542. 621. 713. 983. VI, S. 6. 57. 89. 367 ff. 381. 605. 670. 743. Mat. z. EG. S. 61 ff. 122 f. Begründg. der Nov. z. CPO. S. 184. Litteratur: 1891: Hölder, Pandekten I, § 23. 1892: Jakubezky, Bemerkungen S. 2. 1893: Regelsberger I, §§ 67—69. 1895: Gierke, D. Priv.-R. I, §§ 46—51. 54—57. Kuhlenbeck, Rechtsprechung I, S. 78. 1897: Bartholomaeus, Arch. f. öff. R., Bd. 12, S. 267 ff. Mantey, ebenda, Bd. 13, S. 20 ff. 1898: Goldmann-Lilienthal, S. 35 f. Hachenburg, Das BGB., S. 90 ff. 102 ff. 150 ff. Kuhlenbeck, Von den Pandekten ꝛc. I, S. 135 ff. Weyl I, §§ 23. 26. 27. 29. Mandry-Geib, §§ 4—7. 10. 1899: Cosack I, §§ 22. 24. 25. Krückmann, § 5.

[2] Die deutsche Staatsangehörigkeit ist eine doppelte: Angehörigkeit an den einzelnen Bundesstaat und Reichsangehörigkeit. Die erstere ist durch Reichsgesetz vom 1. Juni 1870 geregelt. Außerdem besteht für alle Deutschen (Bundesstaatsangehörige und Nichtbundesstaatsangehörige) das gemeinsame Indigenat, d. h. jeder Deutsche gilt in jedem Bundesstaat als Inländer, unterliegt also nicht den landesrechtlichen privatrechtlichen Beschränkungen der Nichtstaatsangehörigen (RVerf. Art. 3, vgl. DVA. Art. 18). Das Indigenat verleiht nicht die aus der Mitgliedschaft fließenden staatsbürgerlichen Rechte. Die Landesrechte, die Unterschiede zwischen Inländern und nicht deutschen Ausländern statuiren, sind durch das Reichsrecht nicht berührt, soweit das Landesrecht überhaupt von Bestand bleibt, oder soweit gerade solche landesrechtliche Bestimmungen aufrechterhalten sind (1315, Abs. 2).

Digitized by Google

der Gleichstellung mit dieser Einschränkung hat das Reichsrecht auch ausdrücklich oder indirekt anerkannt (z. B. KO. § 5, EG. zur CPO. § 24. EG. Art. 25. 30). Die Wiedervergeltung (Retorsion) kann nach diesen Bestimmungen durch den Reichskanzler unter Zustimmung des Bundesrathes angeordnet werden.

Davon abgesehen bestehen reichsrechtliche Unterschiede in der Behandlung von Ausländern und Inländern, die auf das privatrechtliche Gebiet hinübergreifen (z. B. CPO. §§ 110—113. 114, Abs. 2).

Die privatrechtliche Bedeutung der Staatsangehörigkeit liegt aber vornehmlich auf dem Gebiet des internationalen Privatrechtes (Bd. I, §§ 15. 16[1]).

II. Religiöses Bekenntniß. Im Mittelalter war die Privatrechtsstellung des Einzelnen durch seine Angehörigkeit an die Kirche bedingt. Der Grundsatz ist nach den konfessionellen Kämpfen der Reformationszeit für die Anhänger des christlichen Bekenntnisses schrittweise im Westfälischen Frieden, der Landesgesetzgebung und der DBA. verlassen. Eigenthümlich war die Entwicklung bezüglich der Rechtsstellung der Juden. Sie waren ursprünglich als Fremde, dann als Ungläubige rechtlos, auf besonderen Schutz (Judenschutz, Judenregal) angewiesen und lebten nach ihrem eigenen, dann nach gemeinem Recht, wo nicht ein sie begünstigendes oder häufiger benachtheiligendes Sonderrecht eingriff. Im 19. Jahrhundert ist die Sonderstellung schrittweise durch die Landesgesetzgebung beseitigt. Den Abschluß der Entwickelung brachte im Reich, nach Vorgang des Freizügigkeitsgesetzes vom 1. November 1867, das interkonfessionelle Reichsgesetz vom 3. Juli 1869, das alle noch bestehenden, aus der Verschiedenheit des religiösen Bekenntnisses hergeleiteten Beschränkungen der bürgerlichen und staatsbürgerlichen Rechte aufhob. Gefallen sind damit nur Beschränkungen, d. h. Bestimmungen des bisherigen Rechtes, die Versagung von Rechten und rechtlichen Fähigkeiten enthalten, die den Angehörigen anderer Konfession oder andern Glaubens zugestanden sind, also nicht jedes mit dem religiösen Bekenntniß zusammenhängende Sonderrecht, wie z. B. das jüdische Ehescheidungsrecht hinsichtlich der Ehescheidungsgründe vor der Geltung des BGB. Gefallen sind nur die Beschränkungen der bürgerlichen oder staatsbürgerlichen Rechte, also nicht die Bestimmungen über Rechte und Ausübung solcher Rechte, die im Kirchenrechte ruhen. Selbstverständlich berührt

[1] Vorbehalt für das Landesrecht s. EG. Art. 88. Dazu Hess. AG. z. BGB. Art. 15.

Digitized by Google

das Gesetz nicht die Privatrechtsakte (Testamente, Verträge ꝛc.), die vom religiösen Bekenntniß Rechtswirkungen abhängig machen. Im Einzelnen zeigt sich die privatrechtliche Bedeutung des religiösen Bekenntnisses im BGB. im Vereinsrechte: Vereine mit religiösem Zweck bedürfen der Eintragung zur Erlangung der Rechtsfähigkeit (21. 43, vgl. EG. Art. 84); im Vormundschaftsrechte (1779. 1801), bei der Bestimmung der Pflichten des Dienstherrn (618). Ueber die Konfession, in der die Kinder zu erziehen sind, bestimmt das Landesrecht (EG. Art. 134).

III. Standesangehörigkeit. Eine Gliederung des Volkes, nach Geburts- und Berufsständen, welche letzteren im Laufe der Geschichte sich öfter wieder zu Geburtsständen entwickelten, kennt das deutsche Recht in reicherem Maße als das römische. Gegen Ende des Mittelalters bestanden vier Geburtsstände (hoher Adel, niederer Adel, Bürger- und Bauernstand), von denen nur der hohe Adel seine Besonderheit voll behauptet hat. Dagegen treten die Berufsstände (Soldaten-, Beamten-, Geistlichen-, Lehrer-, Kaufmanns- und Gewerbestand) schärfer hervor. Eine generelle privatrechtliche Bedeutung des Standes ergiebt sich aus der Bestimmung des BGB. über den Unterhaltsanspruch (1610. 1603. 1360).

A. Die Geburtsstände.

1. Der hohe Adel. Zum hohen Adel gehören heute die landesherrlichen, d. h. souveränen, Häuser und die 1806 mediatisirten standesherrlichen Familien. Zu den letzteren gehören auch die sog. „Personalisten", d. h. diejenigen Familien, die zur Zeit des alten Reiches sich die Reichsstandschaft gewahrt, die Landeshoheit (Reichsunmittelbarkeit) aber verloren hatten. Seit der Auflösung des deutschen Bundes (DBA. Art. 14) ist die Stellung der landesherrlichen Häuser unter die neue Garantie der Verfassungen gestellt.

a. Wie im bisherigen Reichsrecht[1] sind auch in Zukunft (EG. Art. 57. 60. 61)[2] die autonomischen Statuten und Observanzen der landesherrlichen Häuser und der fürstlichen Familie Hohenzollern anerkannt. Zu den landesherrlichen Familien rechnen auch die depossedirten Häuser von Hannover, Kurhessen und Nassau. Außerdem gilt in einigen Punkten Sonderrecht[3].

[1] Vgl. Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 § 72. EG. zum GVG. § 5. EG. zur Str.PO. § 4, EG. zur CPO. § 5. EG. zur KO., § 7.

[2] Vgl. EG. zum ZVG. § 2. GBO. § 83. 90.

[3] CPO. §§ 219. 375. 482.

Digitized by Google

b. Das bisherige Reichsrecht hatte einige Sonderrechte der Mediatisirten aufgehoben[1]. Das BGB. beläßt es bei der Autonomie der Mediatisirten in Ansehung der Familienverhältnisse und Güter, soweit die Hausverfassungen nach den Landesgesetzen gelten (EG. Art. 58. 60. 61). Ebenso werden behandelt die Familien des vormaligen Reichsadels, der zwar Reichsunmittelbarkeit, aber weder Reichsstandschaft noch Landeshoheit erlangt hatte, und die adeligen Familien, die vor dem Inkrafttreten des BGB. dem vormaligen Reichsadel durch Landesgesetz gleichgestellt worden sind, obwohl diese an sich zum niederen Adel gehören (EG. Art. 58, Abs. 2).

2. Der außerdem noch bestehende niedere Adel nimmt eine privatrechtliche Sonderstellung nicht ein.

B. Die Berufsstände.

1. Die gewerblichen Berufsstände (Kaufmanns-, Gewerbestand) stehen in gewissen Beziehungen unter einem Sonderrecht. Den besonderen beruflichen Interessen trägt auch das BGB. Rechnung bei der Verjährung (196. 201. 218), beim Dienstvertragsrecht (622).

2. Die öffentlichen Berufsstände.

a. Der Soldaten-, Beamten-, Geistlichen- und Lehrerstand stehen unter umfassenderen Sonderbestimmungen, besonders der Soldaten- und Beamtenstand. Von privatrechtlicher Bedeutung sind auch einzelne Bestimmungen des BGB., die im Systeme erwähnt sind (394. 411. 570. 596. 9. 15. 1315. 31. 89. 839. 841. 1784. 1897. 1792. 1915. 1888, EG. Art. 44. 49. 51. 77. 80. 81).

b. Die Ordensleute galten nach älterem deutschen Recht mit dem Eintritt in den Orden (Profeß) als rechtlich todt; nach kanonischem und gemeinem Recht tritt Vermögensunfähigkeit ein, daher tritt bei Eintritt in einen vermögensunfähigen Orden Beerbung des Professen, andernfalls Anfall seines Vermögens an das Kloster ein, für welches er auch ferner erwirbt, da seine Handlungsfähigkeit erhalten bleibt. Seine Rechtsgeschäfte bedürfen aber der Genehmigung seiner Oberen. Er ist unbeschränkt deliktsfähig. Die Rechtsfähigkeit kehrt voll zurück mit dem Religionswechsel und dem Austritt aus dem Orden. Die Partikularrechte behandeln den Professen als todt schlechthin, oder sie gestatten, daß der Professe bis zu einer bestimmten Summe (summa pragmatica) sein Vermögen dem Kloster zuwendet, lassen aber darüber hinaus die Erbfolge eintreten, oder sie kennen gar keine Beschränkungen.

[1] GVG. § 15. EG. zum GVG. § 7. Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 § 72.

Digitized by Google

Nach dem neuen Recht (EG. Art. 87) ist bei den Professen eine Aufhebung der Rechtsfähigkeit überhaupt oder der Vermögensfähigkeit ausgeschlossen. Die betreffenden Landesrechte treten außer Kraft. Nur die landesgesetzlichen Vorschriften bleiben, welche die Wirksamkeit von Schenkungen an Ordensleute von staatlicher Genehmigung abhängig machen (EG. Art. 87, Abs. 1) oder den Erwerb von Todeswegen an Ordensleute an die staatliche Genehmigung knüpfen. Wird die Genehmigung ertheilt, so gilt sie als schon vor dem Erbfalle ertheilt, wird sie versagt, so ist die zum Erwerbe berufene Person als vor dem Erbfalle fortgefallen anzusehen. Solange die Genehmigung noch aussteht, können die Mitberufenen die Aufhebung der Erbengemeinschaft nicht verlangen (EG. Art. 87, Abs. 2. 2043)[1]. Auch von diesen Beschränkungen sind die Mitglieder solcher religiöser Orden oder ordensähnlichen Kongregationen frei, bei denen ein Gelübde auf Lebenszeit oder unbestimmte Zeit nicht abgelegt wird (EG. Art. 87, Abs. 3).

IV. Die elterliche Gewalt und die Vormundschaft sind im Familienrecht (Bd. II, §§ 104 ff. 114 ff.) behandelt.

V. Auch der Konkurs hat für die privatrechtliche[2] Stellung des Gemeinschuldners bestimmte Wirkungen, die sich nicht an die Zahlungsunfähigkeit oder Ueberschuldung, sondern an die Eröffnung des Konkurses durch Beschluß des Amtsgerichtes anschließen. Der Gemeinschuldner verliert die Verwaltungs- und Verfügungsbefugniß über sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen (KO. § 6), er ist untauglich, während der Dauer des Konkurses zum Vormund ꝛc. bestellt zu werden und kann als Vormund ꝛc. entlassen werden (1781. 1897. 1866. 1792. 1886. 1895. 1878. 1915). Der Konkursfall beim Ehemann endigt das güterrechtliche Verhältniß (1419. 1543), beim Gewalthaber das Recht zur Vermögensfürsorge (1647. 1686), beim Gesellschafter die Gesellschaft (728). Der Konkurs des Vereins oder der Stiftung hebt die Rechtsfähigkeit auf (42. 86).

§ 26.

Wohnsitz[3].

Auch die Beziehungen der Person zum Raume sind für die Rechtsordnung nicht gleichgiltig. An den Wohnsitz knüpft die Rechts-

[1] Sachsen-Altenb. AG. z. BGB. § 14.

[2] Oeffentlichrechtliche Wirkungen: Wahlgesetz vom 31. Mai 1869 §§ 3 und 4. GVG. §§ 32. 85. 113. RAO. § 5.

[3] Materialien: M. I. S. 68 ff. P. I. S. 37 ff. 504. VI, S. 113. 490.

Digitized by Google

ordnung einschneidende Rechtsfolgen und muß deshalb den schwankenden Begriff des Lebens präcisiren und abgrenzen. *Wohnsitz einer Person im Rechtssinne ist nur der Ort, welcher als der ständige örtliche Mittelpunkt, als der Standort ihrer Lebens- und Berufsthätigkeit erscheint* oder gilt, ohne daß zugleich ein Wohnrecht für die Person in Bezug auf diesen Ort gegeben sein muß. Der Wohnsitz unterscheidet sich vom *Aufenthaltsort*, d. h. dem Ort, an dem sich Jemand befindet mit, ohne, wider seinen Willen; der Aufenthaltsort wird aber im BGB. 570. 1354 *Wohnort* genannt mit Rücksicht darauf, daß die Person an dem Orte eine Wohnung bezieht. Ferner ist vom Wohnsitz verschieden die *gewerbliche und Handelsniederlassung* als Mittelpunkt, Standort gewerblicher Thätigkeit einer Person, der wohl mit dem Wohnsitz zusammenfallen kann, aber nicht muß [1].

I. *Die Bestimmung des Wohnsitzes.*

A. Der Wohnsitz wird vom Einzelnen frei begründet (domicilium voluntarium), indem er eben einen bestimmten Ort zum Standort seiner Lebensthätigkeit macht (ständige Niederlassung). Wohnsitzbegründung ist also ausdrücklicher oder stillschweigender Willensakt, und zwar wegen der rechtlichen Bedeutung des Wohnsitzes ein

---

638 f. BRR. S. 5. Begründg. d. Nov. z. CPO., S. 82 f.

Litteratur: 1888: Hölder, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 73, S. 36 ff. Schilling, Aphorismen, S. 27. f. Zródlowski, S. 47. 55. 1889: Jacoby, Annalen des d. Reiches, S. 303 ff. Gierke, Der Entwurf, S. 140. Derselbe, Beitr., H. 18, S. 8. Goldschmidt, Krit. Erörterungen S. 58 ff. 1890: Reinhold, Gruch. Beitr. Bd. 34, S. 529 ff. Jacoby, ebenda, S. 575 f. Hartmann, GA., S. 1234. Rocholl, Vorschläge, S. 17 ff. 1891: Hölder, Pandekten I, § 22. 1892: Bähr, Gegenentwurf, S. 7 ff. Jakubezky, Bemerkungen S. 9. 1893: Regelsberger I, § 74. 1895: Gierke, D. Priv.-R. I, § 57. 1897: Bunsen I, § 4. Hellmann, Vorträge über d. BGB., § 3. 1898: Goldmann-Lilienthal, S. 20 f. Leske, S. 36 f. Hellmann, Krit. V. J. Schr. Bd. 40, S. 179 f. Kuhlenbeck, Von den Pandekten I, S. 139 ff. Enneccerus-Lehmann I, § 25. Weyl I, § 20. Mandry-Geib, § 4. Eck, § 10. 1899: Endemann I, § 40. Cosack I, § 27. Krückmann, § 5. v. Buchka, § 1. Levy, Bl. f. Rechtsanwendg. Jahrgg. 64, S. 113 ff. 129 ff. Habicht, Die Einwirkung des BGB. auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse, § 11 Schepp, Das öffentliche R. im BGB. S. 4 f.

[1] Dem öffentlichen Recht gehören an die Begriffe *Amtssitz* (dienstlicher Wohnsitz eines Beamten, Amtsstelle einer Behörde) und *Unterstützungswohnsitz* (Reichsgesetze vom 6. Juni 1870 und 12. März 1894).

Digitized by Google

Willensakt von rechtlicher Bedeutung, der die Handlungsfähigkeit analog wie bei Geschäften voraussetzt, aber nicht rechtsgeschäftliche Bedeutung hat, da der Wille des Handelnden die Rechtswirkungen des Wohnsitzes nicht nothwendig mitumfassen muß. Was von der Begründung gilt, gilt entsprechend auch von der Aufhebung des Wohnsitzes. Für beide Akte gilt also der allgemeine Satz, daß die Willenserklärung nicht mit den thatsächlichen Verhältnissen in Widerspruch stehen darf (7, Abs. 1. 3. 8)[1].

B. Bei bestimmten Personen weist schon ihre Rechtslage auf einen bestimmten Ort als den Standort ihrer Lebensthätigkeit hin. Der Wohnsitz dieser Personen ist daher kraft Gesetzes mit dieser Rechtslage bestimmt (domicilium necessarium). Das ist der Fall:

1. Bei Militärpersonen[2]. Sie haben ihren Wohnsitz am Garnisonorte bez. am letzten inländischen Garnisonorte (gemäß 9). Nicht getroffen sind zur Erfüllung der Wehrpflicht eingezogene, zu diesem Zweck freiwillig eingetretene und solche Militärpersonen, die einen Wohnsitz nicht selbständig zu begründen vermögen (siehe A.).

2. Die Ehefrau hat ihren Wohnsitz, wo der Ehemann seinen Wohnsitz während der Ehe hat, auch wenn der Mann den Wohnsitz im Inlande an einen Ort verlegt, an den ihm die Frau nicht folgt und zu folgen nicht verpflichtet ist, oder wenn die Ehegatten im gegenseitigen Einverständniß getrennt leben. Die Frau theilt den Wohnsitz des Mannes nicht, wenn der Mann den Wohnsitz im Auslande begründet und die Frau ihm an diesen Ort nicht folgt und nach 1354 zu folgen nicht verpflichtet ist; sie kann einen selbständigen Wohnsitz begründen. Hat die Frau den Wohnsitz des Mannes getheilt, so verliert sie diesen Wohnsitz nicht mit dem Tode des Ehemannes, sondern erst durch Aufgabe bez. Neubegründung[3] (10).

3. Eheliche Kinder und solche, die ihnen gleichstehen, theilen den Wohnsitz des Vaters, auch wenn er die elterliche Gewalt nicht hat, uneheliche den der Mutter, angenommene den des Annehmenden (vgl. aber 1757, Abs. 2). Erlischt bei Lebzeiten oder durch Tod des Vaters ꝛc. der Wohnsitz, so behalten die Kinder den bisherigen Wohnsitz, bis er von ihnen oder für sie aufgegeben wird.

---

[1] Ueber den vom Gesetz nicht anerkannten erwählten Wohnsitz des französisch-badischen Rechtes vgl. EG. Art. 157.

[2] Mil.Str.GB. vom 20. Juni 1872 § 4 und Anlage. Reichsgesetz vom 9. Nov. 1867 §§ 2. 13. Reichsmilitärgesetz vom 2. Mai 1874 § 38.

[3] A.M. Cosack I, S. 91.

Digitized by Google

Für nach der Volljährigkeit legitimirte oder angenommene Kinder tritt dieser gesetzliche Wohnsitz nicht ein (11).

Ein gesetzlicher Wohnsitz für Beamte am Amtssitz, für das Hausgesinde am Wohnsitz des Brodherrn[1] ist nicht anerkannt und auch nicht durch Analogie nach Z. 1 bez. Z. 3 zu gewinnen.

C. Dem Wohnsitz der natürlichen Personen entspricht der Sitz der juristischen Personen, Vereine (24) und Stiftungen (80)[2]. Es entscheiden also in erster Linie die Bestimmungen der Satzung ꝛc., die aber mit den thatsächlichen Verhältnissen nicht in Widerspruch stehen dürfen (vgl. Bd. I, §§ 28. 29).

II. Die rechtliche Bedeutung des Wohnsitzes.

A. Abgesehen von der Bedeutung im internationalen Privatrecht (Bd. I, §§ 15. 16) bestimmt sich nach dem Wohnsitz des Schuldners oder Gläubigers der Erfüllungsort im Schuldrecht (269. 270), nach dem eines der Verlobten die Zuständigkeit des Standesbeamten bei der Eheschließung (1320), nach dem des Mannes die Zuständigkeit des das Güterrechtsregister führenden Amtsgerichtes (1558. 1559). Entfernung des Wohnsitzes vom Sitz des Vormundschaftsgerichtes ist Ablehnungsgrund für den als Vormund ꝛc. Berufenen (1786. 1792. 1897. 1915). Der letzte Wohnsitz des Erblassers ist von Einfluß für die Ausschlagungsfrist und Anfechtungsfrist (1944. 1954). Vor Allem bestimmt die CPO. §§ 13—19 den allgemeinen Gerichtsstand nach dem Wohnsitz[3].

B. Aus dem gesetzlichen Begriffe des Wohnsitzes ergiebt sich die Möglichkeit eines mehrfachen Wohnsitzes und der Wohnsitzlosigkeit. Erstere ist ausdrücklich anerkannt (7, Abs. 2).

a. Bei mehrfachem Wohnsitze wird regelmäßig nur einer maßgebend sein. Welcher das ist, kann nur durch Auslegung der betreffenden Gesetzesbestimmung festgestellt werden. Vielfach wird ein Wahlrecht eintreten (269. 270. 1558. 1559).

b. Im Falle der Wohnsitzlosigkeit (Vagabunden, fahrende Künstler) tritt vielfach der Aufenthaltsort oder der letzte Wohnsitz im Inlande ein (CPO. § 16, vgl. 961, EG. Art. 29).

III. Aufenthaltsort und Ort der gewerblichen Niederlassung haben aber auch selbständige rechtliche Bedeutung.

A. Der Aufenthaltsort überall da, wo die Abwesenheit

---

[1] So ausdrücklich Preuß. AG. z. BGB., Art. 14. § 1, Abs. 4.

[2] CPO. §§ 17 ff.

[3] Vgl. ferner 773. 775, Reichsgesetze vom 1. Juni 1891 § 13 und 7. April 1891 § 2.

Digitized by Google

(absentia)[1] eine rechtliche Rolle spielt und nicht die Abwesenheit vom Wohnsitz gemeint ist, z. B. bei der Abgabe von Willenserklärungen unter Abwesenden (121. 130. 147—151), ferner als Abwesenheit schlechthin oder als Abwesenheit verbunden mit unbekanntem oder dauernd unbekanntem Aufenthalt (z. B. 1401. 1358. 1911. 988. 132. 1418. 1746. 1305). Der gewöhnliche Aufenthalt eines der Verlobten begründet außerdem die Zuständigkeit des Standesbeamten (1320), und ein Aufenthalt unter Verhältnissen, die auf seine längere Dauer schließen lassen (Dienstboten, Arbeiter, Studirende, Schüler, Lehrlinge, Strafgefangene), begründet den Gerichtsstand (CPO. § 20)[2].

B. Die gewerbliche Niederlassung hat ihre Bedeutung außer im Handelsrecht (HGB. § 13, EG. zum HGB. Art. 4) für die Bestimmung des Gerichtsstandes (CPO. § 21) und des Erfüllungsortes (269. 270)[3].

---

3. Kapitel.

Die juristischen Personen.

§ 27.

Begriff und Arten der juristischen Personen[4].

I. Der Begriff der juristischen Person ist bereits in Bd. I, § 18 berührt. Auch die über den engeren Interessenkreis des Einzelnen

[1] Ueber die Verschollenheit vgl. Bd. I, § 20.

[2] Vgl. noch 772. 773. 775.

[3] Vgl. Note 2.

[4] Materialien: M. I. S. 78 ff. P. I. S. 43. 476 ff. 612 ff. II. S. 377 VI. S. 22 ff. 114 ff. 136 f. 144. 381 f. 496. 705. Mat. z. EG. S. 111 f. 115 ff. D. S. 6 ff. BRK. S. 5 ff. Denkschr. z. GFG. S. 77 f. BRK. z. GFG. S. 156.

Litteratur: 1888: Bähr, Zur Beurtheilung, S. 11 f. Rosin, Jur. Tag 19, Bd. 2, S. 135 ff. Gierke, ebenda, S. 259 ff. Jur. Tag 19, Bd. 3, S. 220 ff. 320 ff. Hölder, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 73, S. 39 ff. 53 ff. Rudloff, ebenda, S. 225 ff. Laband, ebenda, S. 187 f. Klöppel, Gruch. Beitr., Bd. 32, S. 633 ff. 863 f. 867 ff. Schloßmann, Jahrb. f. Dogm., Bd. 27, S. 56 ff. Rümelin, Das Selbstkontrahiren, S. 286 ff. Zródlowski, Kodifikationsfragen, S. 31. 56 f. Schilling, Aphorismen, S. 28 ff. 1889: Jacoby, Annalen d. d. Reiches, S. 305 ff. Gierke, Der Entwurf, S. 50 ff. 91 ff. 144 ff. Derselbe,

Digitized by Google

hinausliegenden allgemeinen menschlichen Interessen bedürfen der wirksamen rechtlichen Anerkennung. Die sich hier ergebenden subjektiven Rechte können aber eben darum nicht an einzelne menschliche Rechtssubjekte angeknüpft werden, sondern nur an diejenigen realen Erscheinungen des Lebens, in denen jene allgemeinen Interessen ihren dauernden Halt finden. Diese realen Erscheinungen (Personenverbände, die zur Förderung bestimmter Zwecke sich gebildet haben, Vermögensmassen, die einem bestimmten Zwecke dauernd dienen sollen)

Beitr., H. 18. Meischeider, Beitr. H. 3, S. 3 ff. 52 ff. Bähr, Krit. VJhr.Schr., Bd. 31, S. 363. Baron, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 75, S. 224 f. Planck, ebenda, S. 337. Pr. Landes-Lek.-Koll. 1889, S. 217. 246. 462 f. 1890: Bernatzik, Arch. f. öff. R., Bd. 5, S. 169 ff. Jacoby, Gruch. Beitr., Bd. 34, S. 576 ff. Mecke, GA., S. 14. Kausen, GA., S. 19 ff. Boyens, GA., S. 1015 ff. Reatz, GA., S. 1274 f. Jacoby, Annalen des d. Reichs, S. 30 f. Heusler, Krit. V.Jhr.Schr., Bd. 32, S. 184. Rocholl, Vorschläge, S. 20 ff. Uhrig, Jur. Rundschau f. d. kathol. Deutschland, Ergänzungsheft, S. 94 ff. Zitelmann, Beitr., H. 9/10, S. 80. Rüdiger, Vereine und Genossenschaften (2. A.). Kauffmann, Das Vereinsrecht. 1891: Hölder, Pandekten I, §§ 26—29. Lesse, Arch. f. bürg. R., Bd. 5, S. 266 ff. Burckhard, Zeitschr. f. d. Priv.- u. öff. R., Bd. 18, S. 1 ff. 1892: Grützmann, Sächs. Arch., Bd. 2, S. 435 ff. Bähr, Gegenentwurf, S. 9 ff. Jakubezky, Bemerkungen S. 9 f. 1893: Regelsberger I, §§ 75—86. Hölder, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 80, S. 15 ff. Cretschmar, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 81, S. 146 ff. Krückmann, Gruch. Beitr., Bd. 37, S. 217 ff. 1894: Schulze-Schmidt, Ist Stiftung Schenkung? (Dissert.). 1895: Leonhard, Jur. Tag 23, Bd. I, S. 249 ff. Jur. Tag 23, Bd. 2, S. 14 ff. 427 ff. Gierke, D. Priv.-R. I, §§ 58—60. Kuhlenbeck, Rechtsprechung I, S. 101 ff. 1896: Leonhard, R., D. Jur.-Zeitung, 1. Jahrg., S. 227 ff. Fuld, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 85, S. 134 ff. Eck, Allgemeiner Theil § 3. 1897: Zeller, Arch. f. prakt. RW., 3 F., Bd. 7, S. 281 ff. Staudinger, Bl. f. Rechtsanwendung, Bd. 62, S. 304 ff. 321 ff. 356 ff. 369 ff. (auch im SA., das Vereinsrecht nach dem BGB.) Derselbe, Arch. f. öff. Recht, Bd. 12, S. 241 ff. Bunsen I, §§ 7—10. Riedel, Die Gestaltung der jur. Personen im BGB. Hellmann, Vorträge über das BGB., §§ 4—9. 1898: Hachenburg, Das BGB., S. 201 ff. Leske, S. 38 ff. Enneccerus-Lehmann I, §§ 29 ff. Kuhlenbeck, Von den Pandekten I, S. 169 ff. Puschmann, Das deutsche Vereins- und Gesellschaftswesen nach dem BGB. Weyl I, §§ 30—35. Mandry-Geib, §§ 12—15. Eck, Vorträge, § 13 ff. Frey, Sächs. Arch., Bd. 8, S. 385 ff. 1899: Hertwig, Die Lehre vom Organismus und ihre Beziehung zur Socialwissenschaft. Leist, Vereinsherrschaft u. Vereinsfreiheit im künftigen Reichsrecht. Habicht, Die Einwirkung des BGB. auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse § 13. Endemann I, §§ 43—47. Cosack I, §§ 28—35. 57. Krückmann, §§ 7. 8. v. Buchka, § 2. Schepp, Das öffentliche Recht im BGB. S. 7 ff.

Digitized by Google

sind die Träger der subjektiven Rechte oder *juristischen Personen*. Die juristischen Personen fordern die Vergleichung mit den physischen Personen heraus, und die bisherige Wissenschaft ist unter diesem Gesichtspunkte zu diametral entgegengesetzten Auffassungen über ihre Natur gelangt.

A. *Die Fiktionstheorieen* (Savigny, Puchta, Windscheid, Unger, Hölder ꝛc.) kommen darin überein, daß es nur ein Rechtssubjekt gäbe, den Menschen, daß die juristischen Personen nur als solche vorgestellt, fingirt würden. Die Schwäche dieser Theorieen liegt in ihrem Ausgangspunkte; denn das muß eben gerade vom Standpunkte dieser Theorieen aus bewiesen werden, daß es außer dem menschlichen Individuum Rechtssubjekte nicht geben kann. Wenn hier nun gesagt wird, daß der Nutzen der Rechte stets Menschen zu Gute kommt, so ist das zwar richtig, schließt aber die Möglichkeit, die Zuständigkeit des Rechtes, an andere Erscheinungen anzuknüpfen, nicht aus. Die Fiktionstheorieen verkennen die Selbständigkeit der Interessen und die Realität der socialen Erscheinungen, die sie tragen, sie führen mit Nothwendigkeit zur Annahme der *Subjektlosigkeit* der Rechte, die mit dem Ausgangspunkte dieser Theorieen in direkten Widerspruch tritt.

B. Mit diesem Ausgangspunkte harmonirt besser die Theorie (Ihering), die bei den *Personenverbänden alle Mitglieder, bei der Stiftung die Interessenten* für die Rechtssubjekte erklärt, aus praktischen Bedenken aber dem Verbande selbst oder der Stiftung die formelle Rechtsträgerschaft zur Vertretung der Gesammtheit der Interessenten nach außen zuweist. Dieses Gesammtsubjekt ist aber auch wieder etwas lediglich Ersonnenes, eine Fiktion; das wahre Rechtssubjekt aber und die ihm zukommende Rechtszuständigkeit ist in vielen Fällen überhaupt nicht mehr festzustellen.

C. Eine eigenthümliche Theorie, die von der *Subjektlosigkeit* der in Frage stehenden subjektiven Rechte ausgeht, hat Brinz in der *Zweckvermögenstheorie* vertreten. Das Korporations- und Stiftungsvermögen *gehört* dem Zwecke, wie es sonst dem Menschen gehört. Darin liegt schon ein Abfall von der Annahme der Subjektlosigkeit, denn dieses Gehören ist eben Rechtszuständigkeit; so ergiebt sich eine starke Hinneigung zu den Fiktionstheorieen, die den Zweck personifiziren. Die Zugehörigkeit des subjektiven Rechtes an den Zweck wird dann aber wieder fallen gelassen, indem den Vertretern des Zweckvermögens die Rechtszuständigkeit als Fiduziaren eingeräumt wird. Eine Theorie, die von der Subjektlosigkeit der

Digitized by Google

Rechte ausgeht, müßte eine völlig abstrakte Rechtszuständigkeit annehmen und eine Vertretung in dieser durch den Zweck begrenzten abstrakten Rechtssphäre zulassen, wie in der des natürlichen Rechtssubjektes. Es bliebe aber dieser Auffassung gegenüber das Bedenken, daß sie den thatsächlichen Erscheinungen des Lebens nicht Rechnung trägt.

D. Hier setzt eine Auffassung ein, die mehr und mehr an Boden gewinnt (Gierke, Regelsberger). Sie betont die Realität und selbstständige Bedeutung der Personenverbände und Stiftungen (Anstalten) für das soziale Leben. Es sind soziale Organisationen, die über die einzelnen Individuen treten und sich von ihnen abheben. Die reale Existenz dieser Organisationen führt aber nicht zu ihrer völligen Gleichstellung mit der natürlichen Person. So ist die Rechtsfähigkeit der juristischen Personen einverstandenermaßen eine beschränktere als die der natürlichen Personen. Auf dem Boden dieser Theorie besteht aber Streit darüber, ob ihnen Willensfähigkeit, Handlungsfähigkeit zukommt. Die Hauptvertreter der Theorie bejahen die Frage. Wie aber für die natürliche Person die Handlungsfähigkeit nicht Voraussetzung der Rechtsfähigkeit ist, so ist sie es auch nicht für die juristische Person. Der juristischen Person fehlt aber m. E. jede Handlungsfähigkeit. Was im Bilde oder im kurzen Ausdruck als Willensaktion der juristischen Person bezeichnet wird, ist in Wirklichkeit immer Willensaktion natürlicher Personen, die keineswegs in dem gleichen Sinne Organe der juristischen Person sind wie die Organe des menschlichen Organismus. Das zeigt sich besonders, wenn wir die Fragen nach der Motivirung des Willens, den Willensmängeln und der Schuld aufwerfen.

II. Die Arten der juristischen Personen.

A. Wichtige juristische Personen wurzeln in der öffentlichen Organisation (Staat, Gemeinden ꝛc.) und ihre Verhältnisse werden durch das öffentliche Recht geregelt. Dahin gehören auch die sog. Altgemeinden[1]. Das BGB. bestimmt daher über sie i. A. nicht (vgl. aber Bd. I, § 36). Alle übrigen gehören dem Privatrechte an (private juristische Personen). Unter die Bestimmungen des BGB. fallen aber nicht

1. die durch Reichsspezialgesetzgebung geordneten Verbände (Handelsgesellschaften, Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften, eingeschriebene Hilfskassen, Innungen, Krankenkassen, Berufsgenossen-

[1] Vgl. Sachsen-Altenb. AG. z. BGB. §§ 6. 7. 8.

Digitized by Google

schaften der Unfallversicherung und die Gesellschaften mit beschränkter Haftpflicht);

2. die mit Materien, die der Landesgesetzgebung vorbehalten sind (Agrarrecht, Wasserrecht, Deich- und Sielrecht, Bergrecht, Forst- und Jagdrecht), in Verbindung stehenden juristischen Personen[1], wie z. B. Ganerbschaften, Ent- und Bewässerungsgenossenschaften, Deich- und Sielverbände, Gewerkschaften, Pfännerschaften, Agrargemeinschaften, Wald- und Wildschadensgenossenschaften[2] (EG. Art. 59. 65. 66. 67. 69. 83. 113) und die Versicherungsgesellschaften (EG. Art. 75).

3. Dem Landesrecht unterstehen auch die im EG. Art. 164—166 genannten besonderen Vereine (vgl. EG. Art. 4 und 218),

4. sodann die landschaftlichen und ritterschaftlichen Kreditvereine (EG. Art. 167) und

5. die konzessionirten Vereine gemäß EG. Art. 82.

B. Die juristischen Personen unterscheiden sich ihrer Struktur nach in *Vereine* und *Stiftungen*. Die Grundlage der ersteren ist eine Vereinigung von Personen, die der letzteren ein Vermögen. Neben den Vereinen und Stiftungen als dritte Kategorie noch die *Anstalten* zu unterscheiden, besteht kein Bedürfniß. Sie gehen in den Stiftungen auf, weil auch bei ihnen der Schwerpunkt auf dem zu einem bestimmten Zwecke gewidmeten Vermögen liegt, nicht auf den äußeren Einrichtungen, die der Zweck erfordert[3]. Wo sich mit solchem Vermögen ein Personenverband verbindet, wird es darauf ankommen, welches Element das vorwiegende ist und demgemäß die Zutheilung zu den Vereinen oder Stiftungen erfolgen müssen[4]. Weitere Unterscheidungen treten in der folgenden Darstellung hervor.

III. Bei den Vereinen und Stiftungen ist auch das öffentliche Interesse betheiligt. Das öffentliche Interesse bestimmt daher, ob ein Verein oder eine Stiftung in's Leben gerufen werden darf, wann diese Bildungen aufgelöst werden sollen und daß sie der staatlichen Aufsicht unterstehen. Das Reich hat von seiner Kompetenz (RVerf.

---

[1] Zu beachten ist aber EG., Art. 4. Wo das Landesrecht keine Sonderbestimmungen enthält, tritt das BGB. ein. Das Landesrecht kann aber vor und nach dem 1. Jan. 1900 Sonderbestimmungen treffen.

[2] Vgl. *Elsaß-Lothr.* AG. z. BGB., §§ 26—36.

[3] Vgl. *Mecklenb.-Schw.* AV. z. BGB. § 24. *Mecklenb.-Strel.* AV. z. BGB. § 23.

[4] Die ruhende Erbschaft, deren Rechtssubjektseigenschaft im gemeinen Recht bestritten ist, kommt bei der Regelung des Erbschaftserwerbes im BGB. nicht mehr in Betracht (1942. 1960. 1961).

Digitized by Google

Art. 4, Z. 16) auf diesem Gebiet noch keinen Gebrauch gemacht. Es bleibt also bei dem Landesrecht. Das öffentliche Interesse ist aber im BGB., das nur die privatrechtliche Stellung der juristischen Personen zu ordnen hatte, mit Entschiedenheit zur Geltung gekommen.

§ 28.

A. Die Vereine. 1. Der Erwerb der Rechtsfähigkeit[1].

Im bisherigen gemeinen, partikulären und Reichsrecht boten sich drei Systeme. Das System der freien Körperschaftsbildung ist das einfachste. Jeder Verein mit korporativer Verfassung erwirbt eo ipso die Rechtsfähigkeit. Korporative Verfassung liegt vor, wenn die Organisation als neues Ganze über die Einzelnen tritt. Den Gegensatz bildet das Konzessionssystem, nach dem die Rechtsfähigkeit an die Vereine durch die Staatsgewalt verliehen wird. In der Mitte steht das System der Normativbestimmungen. Nach ihm erlangen die Vereine die Rechtsfähigkeit, sobald sie gewissen, ihre Verfassung nach innen und ihre Stellung nach außen klarstellenden Rechtsvorschriften genügt haben und die Erfüllung dieser Voraussetzungen durch behördlichen Akt festgestellt ist. Neben dem Konzessionssystem war dieses vorwiegend im bisherigen Reichsrecht zur Anerkennung gelangt. Im Partikularrechte sind ebenfalls nur diese beiden Systeme vertreten, während im gemeinen Recht über die Geltung des Konzessionssystems und des Systems der freien Körperschaftsbildung Streit besteht. Im BGB. haben, von politischen Erwägungen abgesehen, die Rücksichten auf die Sicherheit des Verkehrs, für den der Bestand des rechtsfähigen Vereines klar erkennbar feststehen muß, zur Annahme des Normativsystems mit Registerzwang und des Konzessionssystems geführt. Zur Durchführung des Normativsystemes werden bei den Amtsgerichten Vereinsregister[2] geführt (GFG. §§ 1—34. 159—162). Für diese besteht das Prinzip der unbeschränkten formalen Oeffentlichkeit (79). Die vorgeschriebenen Anmeldungen zum Vereinsregister seitens des Vorstandes oder der Liquidatoren sind in öffentlich beglaubigter Form zu bewirken (77)[3] und können durch Ordnungsstrafen erzwungen werden (78).

[1] Materialien und Litteratur s. Bd. I § 27, Note 4.

[2] Die Einrichtung des Vereinsregisters s. im Anhang zu diesem Bande. Die Bestimmungen sind im Bundesrathe vereinbart und vom Reichskanzler unter dem 12. Nov. 1898 veröffentlicht. Dazu Mecklenb. Schwer. Bekanntmachung vom 25. April 1899 bei Langfeld S. 533 ff.

[3] Vgl. Hamb. AG. z. BGB., § 4.

Digitized by Google

Der Erwerb der Rechtsfähigkeit bestimmt sich verschieden, je nachdem der Verein seinen Sitz nicht in einem Bundesstaat (d. h. also im Auslande, oder in deutschen Schutzgebieten) oder in einem solchen (also im Inlande) hat. Der Vereinssitz ist im Statut bestimmt, oder es ist der Ort, an dem die Verwaltung geführt wird (24. 57. 64). Die ausländischen Vereine stehen entweder unter besonderen reichsgesetzlichen Vorschriften, wie die Kolonialgesellschaften[1], oder es gilt nach 22 das Konzessionssystem (Verleihung durch Beschluß des Bundesrathes). Bei den inländischen Vereinen entscheidet der Zweck, den der Verein verfolgt.

A. Vereine mit idealen (gemeinnützigen, wohlthätigen, geselligen, wissenschaftlichen, künstlerischen) Zwecken, mögen von ihnen auch wirthschaftliche Zwecke zur Unterstützung des idealen Hauptzweckes oder als Nebenzwecke verfolgt werden, wie z. B. von gewissen Berufs- und Fachvereinen, erlangen die Rechtsfähigkeit nur durch die Eintragung in das Vereinsregister des zuständigen Amtsgerichtes und im Zeitpunkt der Eintragung (21). Ueber die Zuständigkeit des Amtsgerichtes entscheidet der Sitz des Vereins (55). Zu diesen Vereinen gehören auch die private Religionsübung pflegenden Religions- und geistliche Gesellschaften. Nach EG. Art. 84 bleiben aber landesgesetzliche Bestimmungen erhalten, welche die Verleihung der Rechtsfähigkeit an solche Vereine durch Gesetzgebungsakt vorschreiben[2].

1. Die Eintragung erfolgt immer nur auf Anmeldung, die zu den Pflichten des Vorstandes gehört und der die Satzung in Urschrift und Abschrift und eine Abschrift der Urkunden über die Bestellung des Vorstandes beigefügt sein müssen (59, Abs. 1. 2).

2. Die Eintragung ist davon abhängig, daß den bestimmten Anforderungen genügt ist. Diese Anforderungen haben aber verschiedene Bedeutung.

a. Sind wesentliche Anforderungen nicht erfüllt, so ist die gleichwohl erfolgte Eintragung unwirksam. Dahin gehört, daß der oben gekennzeichnete Zweck vorliegt. Selbstverständlich gehört es zu den wesentlichen Anforderungen, daß der ideale Zweck nicht

---

[1] Reichsgesetz vom 15. März 1888.

[2] Vgl. Mecklenb. (Schwerin-Strel.) AV. z. BGB. § 14. Sachsen-Weim. AG. z. BGB. § 11. Anhalt AG. z. BGB., Art. 41, die landesherrliche Verordnung bezw. Verleihung vorschreiben.

Digitized by Google

unmöglich, unerlaubt, unsittlich oder unvernünftig ist. Wesentlich ist ferner, daß die Satzung den Zweck, den Namen und den Sitz des Vereines und auch die Angabe enthält, daß er eingetragen werden soll (57, Abs. 1).

b. Sind dagegen die weiteren Ordnungsanforderungen nicht beobachtet, so ist die gleichwohl erfolgte Eintragung wirksam (vgl. Z. 3.) In dieser Bedeutung ist verlangt, daß die Zahl der Mitglieder mindestens 7 betragen soll (56), daß der gewählte Name sich von den Namen der an demselben Orte oder in derselben Gemeinde bestehenden eingetragenen Vereine deutlich unterscheidet (57. Abs. 2), daß die Satzung auch über Ein- und Austritt der Mitglieder, über Beitragspflicht, Bildung des Vorstandes und über die Voraussetzungen der Berufung der Mitgliederversammlung, die Form der Berufung und die Beurkundung der Beschlüsse Aufschluß giebt (58) und schließlich, daß die Satzung von mindestens 7 Mitgliedern unterschrieben und den Tag der Errichtung enthalten soll (59, Abs. 3).

3. Ist den Erfordernissen unter Z. 1 und 2 nicht genügt, so hat der Registerrichter die Anmeldung unter Angabe von Gründen zurückzuweisen (vgl. auch EG. Art. 84[1]). Gegen die Zurückweisung findet die sofortige Beschwerde statt (60; CPO. § 577). Die zugelassene Anmeldung ist dagegen der nach Landesrecht zuständigen Verwaltungsbehörde mitzutheilen, die das Recht des Einspruches beim zuständigen Amtsgericht geltend machen kann, wenn der Verein nach dem öffentlichen Vereinsrecht unerlaubt ist[2] oder verboten werden kann[3], oder wenn er einen politischen, socialpolitischen oder religiösen Zweck verfolgt (61). Der Registerrichter hat den erhobenen Einspruch dem Vorstande mitzutheilen, da der Einspruch im Wege des landesrechtlichen Verwaltungsstreitverfahrens oder, wo ein solches nicht besteht, im Wege des Rekurses nach Gew.O. §§ 20. 21 angefochten werden kann (62)[4]. Eine Beschränkung der Anfechtung auf bestimmte Anfechtungsgründe besteht nicht. Die Anfech-

[1] Vgl. aber Leist, a. a. O. (1899), S. 54, Note 1.

[2] Das Einspruchsrecht soll es thunlichst verhindern, daß der nach Ansicht des Registerrichters erlaubte und eingetragene Verein hinterher von der Verwaltungsbehörde als unerlaubt behandelt wird.

[3] Die Verwaltungsbehörde hat also die Wahl zwischen Verbot und Einspruch.

[4] Darüber bestimmen die Ausführungsgesetze: Mecklenb. (Schwer.-Strel.) AV. z. BGB. § 15 u. BOO. vom 9. April 1899 dazu Langfeld, S. 431 ff. 745. Bayr. AG. z. BGB, Art. 4. Sachsen-Weim. AG. z. BGB. § 12. Hamburg. AG. z.

Digitized by Google

tung kann nicht nur darthun, daß ein gesetzlicher Grund zum Einspruch nicht vorliegt, als auch, daß der thatsächlich vorliegende Grund zur Versagung der Eintragung nicht genüge[1]. Diese Nachprüfung steht der oberen Instanz zu. Eine Eintragung durch den Registerrichter darf erst erfolgen, wenn ihm mitgetheilt ist, daß Einspruch nicht erhoben wird, oder die Einspruchsfrist von 6 Wochen verstrichen ist, oder der Einspruch endgültig aufgehoben ist (63, vgl. GFG. §§ 32. 142. 143. 159).

4. Die Eintragung erfolgt mit dem Inhalte, der gerade für Dritte von Interesse ist (Name, Sitz, Tag der Errichtung der Satzung, Mitglieder des Vorstandes, Bestimmungen, welche die gesetzliche Vertretungsmacht des Vorstandes einschränken oder die gesetzliche Art seiner Beschlußfassung ändern) (64). Der Verein erhält die Bezeichnung als eingetragener Verein (65), und die Eintragung ist vom Amtsgericht zu veröffentlichen (66)[2].

B. Vereine mit wirthschaftlichem Zwecke, die nicht eine für ihre Zwecke passende, im bisherigen Reichsrecht oder Landesrecht anerkannte Rechtsform zur Erlangung der Rechtsfähigkeit finden, erlangen dieselbe nur durch Verleihung durch den Bundesstaat, in dessen Gebiet der Verein seinen Sitz hat (22)[3]. Die Zuständigkeit, das Verfahren und die Voraussetzungen bestimmen sich nach dem Rechte des betreffenden Bundesstaates. Die Eintragung verschafft also solchen Vereinen nicht die Rechtsfähigkeit (vgl. aber GFG. § 32).

BGB. § 3. Anhalt AG. z. BGB. Art. 3. Bad. AG. z. BGB., Art. 4, Abs. 2. Braunschwg. AG. z. BGB. § 7. Württemb. AG. z. BGB. Art. 135. Hess. AG. z. BGB. Art. 5. 6. Sachs. AV. z. BGB. § 3. 4.

[1] A. M. Eck, Allgem. Theil, S. 12, Note 2, unter Berufung auf P. Ebenso Enneccerus-Lehmann I, S. 80. Schepp, Das öffentliche Recht im BGB., S. 17. Im Gesetz ist aber der Gedanke, daß der Zweck als solcher zum Einspruch berechtige, m. E. nicht zum Ausdruck gekommen. Das Gesetz will den Vereinen, die einen solchen Zweck verfolgen, prinzipiell die Eintragung offen halten, der sie hindernde Einspruch kann daher nicht ausreichend mit Berufung auf den Zweck, sondern muß mit weiteren, aus dem Zweck entnommenen Erwägungen begründet werden. Vgl. auch Hachenburg, a. a. O. S. 219 f.

[2] Vereine, welche die Rechtsfähigkeit nach bisherigem Landesrecht erworben haben, können bei Entziehung der Rechtsfähigkeit zur Anmeldung und Eintragung aufgefordert werden nach Bad. AG. z. BGB. Art. 4, Abs. 3. 4. Bayr. Ges. vom 9. Juni 1899, Art. 2 (bei Becher, S. 100 ff.).

[3] Württemb. AG. z. BGB. Art. 137. Hess. AG. z. BGB. Art. 4. Mecklenburg (Schwer. Strel.) AV. z. BGB. § 13. Sachs. AV. z. BGB. § 2.

Digitized by Google

§ 29.

2. Die Rechtsfähigkeit der Vereine[1].

Die Rechtsfähigkeit der Vereine ist ihrer Natur entsprechend eine mindere als die der natürlichen Personen.

I. Die Vereine besitzen die Familien-Rechtsfähigkeit nicht. Auch eine Vormundschaft können sie nicht übernehmen. Dagegen sind sie von den reinen Personenrechten nicht ausgeschlossen, insbesondere nicht von dem Recht auf den Namen (vgl. Bd. II, § 75). Die Vereine haben ferner einen dem Wohnsitz analogen Sitz (vgl. Bd. I, §§ 26. 28). Außerdem sind sie fähig, das Amt eines Testamentsvollstreckers zu führen (Bd. II, § 163).

II. Der Schwerpunkt ihrer Rechtsfähigkeit liegt auf dem Gebiet des Vermögensrechtes. Hier bestehen gegenüber den natürlichen Personen keine Einschränkungen. Bisher bestehende Einschränkungen sind gefallen, z. B. die zeitliche Beschränkung des Nießbrauchrechtes (1061. 1090, Abs. 2). Die Erbfähigkeit ist stillschweigend anerkannt[2]. Erhalten bleiben Beschränkungen im Gebiete der Vorbehalte[3], weiter das gesetzliche Erb-, Vermächtniß- oder Pflichttheilsrecht, das juristischen Personen nach Landesrecht in den Nachlaß einer verpflegten oder unterstützten Person zusteht (EG. Art. 139)[4]. Die landesgesetzlichen Vorschriften, die den Erwerb durch juristische Personen beschränken oder von staatlicher Genehmigung abhängig machen, bleiben ebenfalls von Bestand, soweit der Erwerb Werthe von über 5000 Mk. betrifft (EG. Art. 86)[5]. Privilegien der juristischen Personen oder besonders der Vereine treten im BGB. nicht hervor. Bisherige Privilegien bleiben bestehen, soweit sie auf Reichsgesetz oder vorbehaltenem Landesrecht beruhen.

---

[1] Materialien und Litteratur s. Bd. I, § 27, Note 4.

[2] Für das Erbrecht vgl. 2044. 2101. 2105. 2109. 2163.

[3] Z. B. im Lehnrechte: Mecklenb.-Schw. AV. z. BGB. § 26, AV. z. HGB. § 6. Mecklenb.-Strel. AV. z. BGB. § 25.

[4] Sächs. AG. z. BGB. §§ 42—45.

[5] Die Ausführungsgesetze enthalten Einschränkungen hinsichtlich des Erwerbes durch Schenkung und letztwillige Verfügung und im Erwerbe von Grundeigenthum: Mecklenburg-Schw. AV. z. BGB. §§ 27—30. Mecklenb.-Strel. AV. z. BGB. §§ 26—29. Preuß. AG. z. BGB. Art. 6. 7. Bayer. AG. z. BGB. Art. 7—9. Sachsen-Altenb. AG. z. BGB. §§ 9—13. Sachsen-Weim. AG. z. BGB. §§ 18. 19. Elsaß-Lothr. AG. z. BGB. § 6. Bad. AG. z. BGB. Art. 8. Württemb. AG. z. BGB. Art. 140. Hess. AG. z. BGB. Art. 12—14, auch 15.

Digitized by Google

§ 30.

3. Die Vereinsverfassung. Der Vorstand[1].

Die reichsgesetzlich bereits geregelten und die dem vorbehaltenen Landesrecht angehörigen Vereine scheiden hier aus. Ueber die bei Inkrafttreten des BGB. bereits bestehenden Vereine vgl. Bd. I, § 14.

I. Für die Vereine mit verliehener Rechtsfähigkeit bestimmt sich die Verfassung nach den betreffenden Landesgesetzen (EG. Art. 82) und erst, wenn solche landesgesetzlichen Vorschriften fehlen, nach dem BGB. Die Verfassung der eingetragenen Vereine steht unter dem BGB., nach dessen Vorschriften zunächst die Vereinssatzung entscheidet, soweit es sich um lediglich dispositive Verfassungsvorschriften handelt. Soweit aber das BGB. zwingende derartige Vorschriften enthält, kommen diese in erster Linie zur Anwendung. Die Vereinssatzung ist bei den eingetragenen Vereinen, soweit die Vorschriften über die Eintragung eingreifen (57—59), nothwendig schriftlich, davon abgesehen nicht. Observanz und Herkommen können also in Betracht kommen, soweit sie Ausdruck der Satzung sind (25).

II. Die wesentlichen Elemente der Vereinsverfassung sind, von dem örtlichen Element des Sitzes (vgl. Bd. I, § 28) abgesehen: die Organe des Vereines (Vorstand, besondere Vertreter, Liquidatoren) und die Mitglieder. Ueber letztere vgl. Bd. I, § 31, über die Liquidatoren Bd. I, § 32.

A. Der Vorstand. Jeder Verein muß einen Vorstand haben, der auch aus mehreren Personen bestehen kann (26, Abs. 1).

1. Die Bestellung des Vorstandes und seine Ergänzung. Ueber diese soll die Satzung des eingetragenen Vereines eine Bestimmung enthalten (58). Enthält die Satzung keine Bestimmung, so erfolgt die Bestellung und Ergänzung durch Beschluß der Mitgliederversammlung (27, Abs. 1. 40); eine Ergänzung des Vorstandes, soweit sie in dringenden Fällen erforderlich ist, kann auf Antrag eines Betheiligten durch Beschluß des Amtsgerichtes erwirkt werden. Diese Ergänzung verliert ihre Bedeutung von selbst, sobald die ordentliche Ergänzung beschafft ist (29). Die Bestellung ist frei widerruflich, die Satzung kann aber die Widerruflichkeit auf wichtige Gründe einschränken, sie aber nicht ausschließen. Dem Vorstande bleiben im Falle des Widerrufes die Ansprüche auf die

[1] Materialien und Litteratur s. Bd. I, § 27, Note 4.

Digitized by Google

vertragsmäßige Vergütung (27, Abs. 2). Soweit der Widerruf gerechtfertigter Weise ausgeschlossen ist, hat der Vorstand ein unentziehbares Recht. Bei den eingetragenen Vereinen unterliegt die Bestellung, Aenderung des Vorstandes und die erneute Bestellung eines Vorstandsmitgliedes dem Eintragungszwange und dem Registerrecht (64. 67. 68), vgl. Z. 3.

2. Die Beschlußfassung eines mehrgliedrigen Vorstandes richtet sich nach der Satzung bez. nach den für die Beschlüsse der Mitgliederversammlung geltenden Vorschriften (28, Abs. 1. 40. 32. 34). Weicht die Satzung von 32. 34 ab, so gilt Eintragungszwang und Registerrecht (64. 68. 70), vgl. Z. 3.

3. Der Vorstand hat die volle gerichtliche und außergerichtliche Vertretung des Vereines und die Stellung eines gesetzlichen Vertreters. Er kann also alle innerhalb des Wirkungskreises des Vereines fallenden Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen für den Verein vornehmen, auch in den gesetzlichen Schranken (181) mit sich selbst, oder als Vertreter eines Dritten im Namen des Vereines Rechtsgeschäfte abschließen[1]. Beschränkungen der Vertretungsmacht nach innen dem Vereine gegenüber sind selbstverständlich möglich und können in der dem Vorstande ertheilten Instruktion enthalten sein, sie können aber auch mit Wirkung gegen Dritte in der Satzung getroffen werden und unterliegen dem Eintragungszwange und dem Registerrecht (26, Abs. 2. 64. 86. 70), d. h. dem Dritten kann die Beschränknng der Vertretungsmacht nur dann entgegengesetzt werden, wenn sie zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäftes eingetragen oder dem Dritten bekannt war. War sie eingetragen, so braucht der Dritte sie nicht gegen sich gelten zu lassen, wenn er sie nicht kannte und seine Unkenntniß auch nicht auf Fahrlässigkeit beruht, was er zu beweisen hat.

4. Das Verhältniß des Vorstandes zum Vereine ist ein beamtenähnliches und deshalb auch wieder ähnlich dem zwischen dem Auftraggeber und dem Beauftragten. In erster Linie wird es durch die Satzung bestimmt. Wo diese schweigt, kommen eine Reihe von Vorschriften über den Auftrag zur entsprechenden Anwendung (664 bis 670). Demnach besteht prinzipielle Nicht-

[1] Bilden mehrere Personen den Vorstand, so steht dem gesammten Vorstande die Vertretungsmacht zu. Davon wird eine Ausnahme gemacht: bei Willenserklärungen, die dem Vereine gegenüber abzugeben sind (Kündigung, Mahnung), genügt die Abgabe gegenüber einem Mitgliede des Vorstandes (28, Abs. 2, vgl. 132, CPO. 171).

Digitized by Google

übertragbarkeit der Ausführung des Auftrages[1] und des Anspruches auf Ausführung, eine beschränkte Befugniß des Vorstandes zu Abweichungen von den ihm ertheilten Weisungen ꝛc., die Pflicht der Benachrichtigung, Auskunftsertheilung und Rechenschaftsablegung, die Pflicht zur Herausgabe des Resultates der Geschäftsführung und zur Verzinsung in eigenem Nutzen verwendeter Gelder, der Anspruch auf Vorschuß, Ersatz von Aufwendungen nebst Zinsen. Der Vorstand haftet wegen jeder Schuld (276). Mehrere Mitglieder des Vorstandes haften als Gesammtschuldner.

5. Den Vorstand treffen eine Reihe gesetzlicher Pflichten: die Anmeldungspflicht (59. 67. 71. 72. 74. 76), die Pflicht zur Entgegennahme und weiteren Behandlung des Einspruches (62), zur Stellung des Antrages auf Auflösung des Vereines (73), und die Pflicht zur Stellung des Antrages auf Konkurseröffnung (42, Abs. 2). In diesem letzten Falle tritt auch eine Haftung gegenüber den Gläubigern des Vereines, sonst nur eine solche dem Verein gegenüber ein.

B. Besondere Vertreter (30).

Wenn die Satzung es bestimmt, können neben dem Vorstande für gewisse Geschäfte (Kassenführung, besondere örtliche Geschäftsführung) besondere Vertreter bestellt werden. Wenn die Satzung die Vertretungsmacht nicht speziell abgrenzt, erstreckt sich dieselbe auf alle Rechtsgeschäfte, die der dem Vertreter zugewiesene Geschäftskreis gewöhnlich mit sich bringt. Ist der Vorstand von diesen Geschäften ausgeschlossen, so liegt darin eine Beschränkung der Vertretungsmacht des Vorstandes (vgl. Z. 3).

C. Die Wirkung der Handlungen des Vorstandes, der gerichtlich bestellten oder der besonderen Vertreter und der von dem Vorstande befugter Weise bevollmächtigten Personen für den Verein. Nach der Bd. I, § 27 vorgetragenen Auffassung handelt es sich um die Vertretung einer handlungsunfähigen Person. Demnach ergiebt sich:

1. Aus Rechtsgeschäften, die der Vorstand innerhalb der Grenzen seiner Vertretungsmacht im Namen des Vereines abschließt oder die dem Vorstande gegenüber vorgenommen werden, wird der Verein berechtigt und verpflichtet (164).

---

[1] Enneccerus-Lehmann, I S. 86 will die Uebertragbarkeit nur bei besonderer Bestimmung der Satzung annehmen. Das verstößt gegen den klaren Ausspruch des Gesetzes (27 Abs. 3).

Digitized by Google

2. Ebenso haftet der Verein, wenn der Vorstand ein für den Verein bestehendes Verpflichtungsverhältniß selbst schuldhaft verletzt, oder ein Verschulden der vom Vorstande zur Erfüllung der Vereinsverbindlichkeiten zugezogenen Gehilfen vorliegt (278).

3. Unerlaubte Handlungen können die Vereine nicht begehen, sie können daher auch niemals aus der Selbstbegehung eines Deliktes haften, wenn die Vorstandsmitglieder durch unerlaubte Handlung Schaden stiften. Eine Haftung des Vereines ergiebt sich aus allgemeinen Grundsätzen, soweit der Verein selbst aus der unerlaubten Handlung des Vorstandes bereichert ist. Die Haftung des Vereines geht aber gerechtfertigter Weise weiter. Der Verein haftet Dritten aus allen Handlungen (Unterlassungen) des Vorstandes ꝛc., den unerlaubten sowohl als den nicht widerrechtlichen und unverschuldeten (z. B. 231), welche die Schadensersatzpflicht nach sich ziehen, für Ersatz des Schadens, wenn diese Handlungen „in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen", nicht also nur bei Gelegenheit der Ausführung begangen sind. Gleichgültig ist aber, ob diese Handlungen Rechtsgeschäfte, rechtsgeschäftsähnliche oder rein thatsächliche Akte sind. Die Haftpflicht bezieht sich jedoch nur auf Handlungen, die in Ausübung der dem Vorstand in privatrechtlichen Verhältnissen zustehenden Verrichtungen begangen sind (31, vgl. 89)[1]. Daß diese Haftung der Vereine sich nach dem BGB. nur auf Willensfähigkeit derselben zurückführen ließe[2], wäre nicht zutreffend. Das BGB. entscheidet diese Frage nicht. Eine solche Entscheidung wäre auch unverbindlich. Auch vom Standpunkte der hier festgehaltenen Auffassung erklärt sich die gesteigerte Haftung zur Genüge daraus, daß der Kredit, den die Vereine in Anspruch nehmen, und ihre gewichtige Antheilnahme am Rechtsverkehre diese Haftung fordert. Eine Analogie bietet die Haftung des römischen Hausvorstandes für die Delikte der Hausangehörigen mit der actio noxalis. Die entgegengesetzte Theorie, die unerlaubte Handlungen des Vereines selbst durch ihre Organe annimmt, muß auch die Schuld der Organe als Schuld des Vereines ansehen, soweit eben die Grenzen der Vorschrift in 31 reichen. Dagegen spricht aber m. E. die zweifellose Thatsache, daß der Vorstand hier aufhört, Organ zu sein. Will man das nicht gelten lassen, so ist nicht einzusehen, warum die Organeigenschaft an den Grenzen der Vorschrift (31) aufhören soll. Es ist ferner zweifellos,

[1] Handelt es sich um die öffentlichen Machtbefugnisse der Beamten, so vergl. Bd. I § 36. I, A.

[2] So Enneccerus-Lehmann I, S. 72 ff. 88 ff. Linkelmann, Arch. f. bürg. R., Bd. 13 (1897), S. 99 ff.

Digitized by Google

daß nach 31 der dritte Geschädigte sich außer an den Verein an den Vorstand selbst halten kann, der ihn z. B. bei Abschluß eines Geschäftes betrogen hat. Vom Standpunkte der angefochtenen Theorie aus ergäbe sich eine neue Form der Mehrthäterschaft. Dieselbe Person hätte das Delikt als Thäter und zugleich als Organ einer andern Person begangen.

§ 31.

4. Mitgliedschaft und Mitgliederversammlung.

I. Die Grundlage des Vereines ist der Mitgliederverband. Ein Mitgliederverband ergiebt sich auch bei den sogen. Centralvereinen, zu denen sich selbständige Vereine zusammenschließen. Eigenthümlich ist hier nur die Organisation der Mitgliedergemeinschaft[1]. Die Mitglieder rufen zunächst durch ihren Willen die juristische Person des Vereines in's Leben (Gründung). Wie diese Willensbethätigung der Mitglieder aufzufassen ist, entscheidet das BGB. nicht. Zweifellos ist dieser von den künftigen Mitgliedern ausgehende Akt eine Handlung; die Willensbethätigung ist auch rechtsgeschäftlicher Akt, aber was den rechtlichen Zweck, die Gründung des Vereines anbetrifft, kein obligatorischer Vertrag. Die einzelnen Gründer mögen sich zwar zur Gründung einander obligatorisch gebunden haben, die sich vollziehende Mitwirkung aller Gründer ist aber kein obligatorischer Vertrag, da sie nicht auf die Begründung einer gegenseitigen Leistungspflicht unter den Gründern abzielt. Vielmehr wirken alle im Einverständniß auf ein gemeinsames identisches Ziel[2]:

a. indem sie das Rechtssubjekt des Vereines in's Leben rufen; darin liegt, daß sie sich diesem unterordnen (Mitgliedschaft);

b. ferner indem sie dem Vereine seine Organisation in der Satzung geben.

Nach dieser Auffassung liegt also überhaupt ein Vertrag nicht vor, sondern eine Mehrheit einseitiger Rechtsgeschäfte, gerichtet auf ein identisches Ziel auf Grund des Einverständnisses der Handelnden.

Einer Form bedarf das Gründungsgeschäft nicht, es genügt selbst stillschweigende Erklärung.

II. Die Mitgliedschaft.

A. Erwerb und Verlust der Mitgliedschaft.

Der Erwerb und Verlust der Mitgliedschaft richtet sich nach der

---

[1] Zweifelnd Kollig s, D. Jur. Ztg. Jahrg. 2 (1897) S. 319. Vgl. aber Francke, Bl. f. Rechtsanwendung, Jahrg. 64 (1899), S. 385 ff. Staudinger, ebenda, S. 387.

[2] Aehnlich Leist, Vereinsherrschaft und Vereinsfreiheit (1899) S. 27 ff. 31.

Digitized by Google

Satzung. Die Satzung der eingetragenen Vereine soll darüber eine Bestimmung enthalten (58).

Bei der Anmeldung ist ein Verzeichniß der Mitglieder einzureichen, und das Amtsgericht kann vom Vorstande jederzeit ein solches Verzeichniß verlangen, damit namentlich die Kontrole nach 37 vom Gericht geübt werden kann. Ein Evidenthalten des Mitgliederverzeichnisses ist nicht vorgesehen (59. 72). Die Mitgliedschaft ist, soweit nicht die Satzung etwas Anderes vorschreibt, nicht übertragbar und auch nicht vererblich (38). Die Mitgliedschaft erlischt daher, solange der Verein besteht, durch Tod, statutengemäße Ausschließung[1] und durch Austritt. Dieser kann statutarisch beschränkt, aber nicht ausgeschlossen werden. Die Satzung kann bestimmen, daß der Austritt nur am Schlusse eines Geschäftsjahres oder nach Ablauf einer Kündigungsfrist[2], die höchstens zwei Jahre betragen darf, erfolgen kann. Die Satzung kann aber nicht für den Austretenden eine Strafe oder Zahlung eines Austrittsgeldes an den Reservefonds festsetzen (39)[3]. Mit der Mitgliedschaft endigen der Anspruch auf Antheil am Vereinsvermögen und die Pflichten (Haftung für die Vereinsschulden)[4]. Die Satzung und ein Vertrag mit dem Gläubiger kann aber ändernd eingreifen.

B. Die Rechte und Pflichten der Mitglieder.

1. Wie der Wille der Mitglieder den Verein in's Leben ruft, so bleibt der Wille auch das beherrschende Element für das weitere Schicksal des Vereines. Daher zeigt sich die Bedeutung der Mitgliedschaft zunächst in der Berufung der Mitglieder zur Leitung der Vereinsangelegenheiten und Wahrung der Vereinsinteressen. Die Mitglieder haben Sitz und Stimme in der Mitgliederversammlung, Wählbarkeit zu Vertreterposten, das Recht Anträge zu stellen ꝛc. Diesen Rechten entsprechen Pflichten (Pflicht zur Mitwirkung, Stimmabgabe, Aemterzwang, Beitragspflicht). Alle diese Rechte und Pflichten bestehen um

[1] Vgl. Regelsberger I, S. 331, Note 1.

[2] Genossensch.-Ges. vom 1. Mai 1889 § 65. Immerwahr, Die Kündigung (98), S. 176 ff.

[3] Leist, Vereinsherrschaft und Vereinsfreiheit ꝛc. (1899) S. 29 f. will die Entscheidung davon abhängig machen, ob die Satzung Vertrag ist oder nicht. Er verneint die Vertragsnatur und gelangt daher zu dem Resultat, daß 339. 343. 344 nicht anwendbar, derartige Festsetzungen also giltig seien. — Die Giltigkeit scheitert aber an 39 ohne Rücksicht auf die juristische Natur der Satzung.

[4] Jedoch besteht in letzterer Beziehung eine gesetzliche Bestimmung nicht. Vgl. Genoss.-Ges. v. 1. Mai 1889 § 22, Abs. 3. 73. 18, Abs. 2 u. Ges. betr. d. Ges. m. b. H. v. 20. April 1892 § 19, Abs. 3.

Digitized by Google

des Vereines willen. Man hat sie als „gemeinnützige Rechte" der Mitglieder bezeichnet oder spricht von „reinen Mitgliedschaftsverhältnissen". Nach dem BGB. normirt hier die Satzung (40). Wo sie keine Bestimmung enthält, werden die Angelegenheiten des Vereines, soweit sie nicht vom Vorstande oder anderen Vereinsorganen zu besorgen sind, von einer Versammlung der Mitglieder geordnet (vgl. C.). Damit ist auch ausgesprochen, daß diese Rechte der Aenderung durch die Aenderung der Satzung unterliegen, soweit das nicht in der Satzung anders bestimmt ist. Ferner ist der Natur dieser Rechte entsprechend bestimmt, daß die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte im Zweifel keinem Andern überlassen werden darf (38). Diese Rechte können auch im Civilprozesse geltend gemacht werden (Klage auf Anerkennung ꝛc.)[1].

2. Den einzelnen Mitgliedern und Klassen von solchen können aber auch auf Grund ihrer Mitgliedschaft, aber nicht allein um des Vereines und seiner Zwecke willen, Rechte zustehen und Pflichten auferlegt sein. Diese Rechte nennt man „körperschaftliche Sonderrechte" (Gierke), „selbstnützige Sonderrechte" (Regelsberger). Die schwierige Frage, wieweit die Gesammtheit des Vereines über solche Sonderrechte ohne Zustimmung der Berechtigten verfügen kann (Abänderung, Entziehung), entscheidet das BGB. dahin, daß *Sonderrechte eines Mitgliedes* ohne dessen Zustimmung durch Beschluß der Mitgliederversammlung nicht beeinträchtigt werden können (35). Was unter solchen Sonderrechten zu verstehen, sagt diese Bestimmung aber nicht; die Abgrenzung läßt sich nur durch Auslegung der Statuten und der gültigen Beschlüsse unter Berücksichtigung der Zwecke des konkreten Vereines vornehmen[2].

Auch die Mitgliedschaft und einzelne Mitgliedschaftsrechte können als Sonderrechte gestaltet sein. Dann gilt auch von diesen, daß sie nicht übertragbar und unvererblich sind und ihre Ausübung nicht an Andere überlassen werden kann.

C. *Die Mitgliederversammlung.*

Der für die Angelegenheiten des Vereines maßgebende Wille der Mitglieder, der selbstverständlich auch für den Vorstand maßgebend ist, bethätigt sich in der Mitgliederversammlung. Die Mitgliederversammlung ist also gleichfalls *Organ* des Vereines, aber beschließendes, nicht ausführendes und Vertretungsorgan.

1. Der Vorstand bez. die Personen, welche die Satzung damit be-

[1] Hölder, Komm. S. 154. A. M. Planck zu 38.

[2] Vgl. über diese Frage Lehmann, K., Arch. f. bürg. R., Bd. 9 (1894), S. 297 ff. Rehbein, S. 50.

Digitized by Google

traut, berufen die Mitgliederversammlung. Sie ist zu berufen (36) in allen Fällen, in denen die Satzung es vorschreibt und wenn das Interesse des Vereines es erfordert, ferner, wenn ein durch die Satzung bestimmter Theil oder, in Ermangelung einer Bestimmung in der Satzung, der zehnte Theil der Mitglieder die Berufung schriftlich unter Angabe des Zweckes und der Gründe verlangt. Wird dem Verlangen nicht entsprochen[1], so kann das Amtsgericht die Petenten zur Berufung der Versammlung ermächtigen (Bestimmung über die Führung des Vorsitzes — Bezugnahme auf die Ermächtigung bei der Berufung). Das Gericht hat nur eine formale Prüfung der erforderlichen Mitgliederzahl (37) vorzunehmen[2]. In Ermangelung einer Satzungsbestimmung ist zur Gültigkeit des künftigen Beschlusses die Angabe des Gegenstandes der Beschlußfassung bei der Berufung erforderlich (32), wenn nicht sämmtliche Mitglieder ihre Zustimmung zur Nichtbeachtung dieser Vorschrift erklären (vgl. Z. 3).

2. Die Leitung der Mitgliederversammlung hat im Zweifel der Vorstand. Mangels einer andern Bestimmung der Satzung entscheidet die Majorität der „erschienenen" Mitglieder (29)[3].

Bei Aenderungen der Satzung und Auflösung des Vereines wird eine Mehrheit von $^3/_4$ der erschienenen Mitglieder, bei Aenderung des Zweckes die Zustimmung aller Mitglieder, die der nicht erschienenen nothwendig schriftlich verlangt. Bei den Vereinen mit verliehener Rechtsfähigkeit ist bei jeder Beschlußfassung zur Aenderung der Satzung staatliche Genehmigung erforderlich (33. 41)[4], auch für die Aenderung der Satzung, die nicht auf Aenderung des Zweckes abzielt. Das Stimmrecht der Mitglieder regelt ebenfalls die Satzung. Jedoch ist ein Mitglied kraft zwingender Vorschrift nicht stimmberechtigt, wenn die Beschlußfassung ein Rechtsgeschäft mit ihm oder

---

[1] D. h. bei Unterlassung macht sich der Vorstand regreßpflichtig, vgl. HGB. §§ 253 ff. Genoss.-Ges. § 42, Abs. 2. Ges. f. Ges. m. b. H. § 50, Abs. 2.

[2] A. M. Kuhlenbeck, Von den Pandekten I, S. 209. Riedel, d. BGB. in Vergleichung mit dem Preuß. R. S. 129. Hölder, Komm., S. 155.

[3] Eck, S. 56. In 29 darf es nicht heißen „erschienenen" Mitglieder, sondern besser: „erschienenen stimmberechtigten" Mitglieder mit Rücksicht auf 31. Pappenheim, Jahrb. f. Dogm., Bd. 35 (1896), S. 464. Ein Mißverständniß ist aber eben wegen 31 nicht zu befürchten.

[4] Zuständigkeit: Mecklenb.-(Schwer.-Strel.) AV. z. BGB. § 13, Abs. 2. Bayer. AG. z. BGB. Art. 4. Sachsen-Weim. AG. z. BGB. § 10. Anhalt. AG. z. BGB. Art. 2. Bad. AG. z. BGB. Art. 4, Abs. 2. Braunschw. AG. z. BGB. § 6. Hess. AG. z. BGB. Art. 4.

Digitized by Google

die Einleitung oder Erledigung eines Rechtsstreites zwischen ihm und dem Vereine betrifft (34).

Bei eingetragenen Vereinen bedürfen Aenderungen der Satzung zu ihrer Wirksamkeit der Eintragung (Anmeldung, Mittheilung und Einspruchsverfahren ꝛc. wie in 60—64. 66, Abs. 2), (71).

Liegt ein Auflösungsbeschluß vor, so hat der Vorstand die Auflösung zur Eintragung anzumelden (Abschrift des Auflösungsbeschlusses) (74).

3. Beschlüsse der Mitglieder ohne Mitgliederversammlung sind gültig, wenn alle Mitglieder ihre Zustimmung zu dem Beschlusse schriftlich erklären (32, Abs. 2).

4. Hat die Mitgliederversammlung oder Mitgliedschaft (Z. 3) materiell oder formell ungültige Beschlüsse gefaßt, so kann Jeder auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines vom Beschlusse abhängigen Rechtsverhältnisses gegen den Verein klagen (CPO. § 256).

Ob die Mitglieder das Recht der Anfechtung haben, hängt von dem Inhalte ihrer Sonderrechte ab.

§ 32.

5. Auflösung der Vereine und Schicksal des Vermögens[1].

I. Die Auflösung.

A. Die Auflösung der Vereine kann auf Grund des öffentlichen Vereinsrechtes durch die Staatsbehörde verfügt werden. Hier ist das Landesrecht maßgebend. Wo auf Grund des öffentlichen Vereinsrechtes eine Auflösung des Vereines erfolgt, wird damit auch die privatrechtliche Rechtsfähigkeit des Vereines selbstverständlich vernichtet. Bei eingetragenen Vereinen erfolgt die Eintragung der Auflösung auf Anzeige der zuständigen Behörde (74, Abs. 3).

B. Die Auflösung kraft der Bestimmungen des BGB. kann erfolgen aus Gründen, die für alle Vereine oder nur für eingetragene Vereine maßgebend sind.

a. Alle Vereine werden aufgelöst

1. durch Beschluß der Mitglieder (41). Die Auflösung ist einzutragen, und vom Vorstande hat die betreffende Anmeldung zu erfolgen unter Beifügung einer Abschrift des Auflösungsbeschlusses (74, Abs. 2);

[1] Materialien und Litteratur s. Bd. I, § 27, Note 4. Schück, Die Auflösung der Körperschaft nach dem BGB. (Diss. 1898).

Digitized by Google

2. durch die Eröffnung des Konkurses über den Verein (42, Abs. 1). Der Vorstand hat die Eröffnung des Konkurses schon im Falle der Ueberschuldung, nicht erst bei Zahlungsunfähigkeit, zu beantragen. Im letzteren Falle finden die Bestimmungen der KO. Anwendung[1]. Für die Erfüllung dieser Pflicht ist der Vorstand dem Vereine, wie aus sonstigen Pflichtverletzungen, verantwortlich, außerdem aber haftet er auch dem Gläubiger für jeden aus einer schuldhaften Verzögerung des Antrages entstehenden Schaden. Die Unterlassung trägt den Charakter einer unerlaubten Handlung. Soweit eine Haftung des Vereines für den Vertreter eintritt, kommt diese auch hier in Betracht. Die Gläubiger können also ihre Schadenersatzforderung auch im Konkurse des Vereines geltend machen.

Die Eröffnung des Konkurses, bez. die Aufhebung des Eröffnungsbeschlusses ist von Amtswegen in das Vereinsregister einzutragen (75).

3. Die Vereine können durch die Verwaltungsbehörde aufgelöst werden, wodurch ihre Rechtsfähigkeit erlischt (43),

α. wenn ein gesetzwidriger Beschluß der Mitgliederversammlung oder ein gesetzwidriges Verhalten des Vorstandes das Gemeinwohl gefährdet[2],

β. Vereine, deren statutarischer Zweck nicht dem Gebiete der Politik, Sozialpolitik ꝛc. angehört, können aufgelöst werden, wenn sie einen solchen Zweck thatsächlich verfolgen,

γ. Vereine ohne satzungsgemäß wirthschaftlichen Zweck, wenn sie einen wirthschaftlichen Zweck thatsächlich verfolgen,

δ. Vereine, deren Rechtsfähigkeit auf staatlicher Verleihung beruht, können aufgelöst werden, wenn sie einen andern als den im Statut bestimmten Zweck thatsächlich verfolgen (43, Abs. 4).

Die Bestimmungen rechtfertigen sich aus Gründen des öffentlichen Interesses, bei eingetragenen Vereinen besonders aus dem Einspruchsrechte oder aus der Nothwendigkeit, eine Umgehung der Eintragungsvoraussetzungen zu verhindern. Die Zuständigkeit und das Verfahren bestimmen sich nach Landesrecht[3]. Hat der Verein seinen Sitz nicht in einem Bundesstaat, so erfolgt die Auflösung durch den Bundesrath (44).

---

[1] KO. §§ 108. 213.

[2] Vgl. Genoss.-Ges. § 79. Ges., betr. Ges. m. b. H. § 62.

[3] Mecklenb. (-Schwer., -Strel.) AV. z. BGB. § 15 und VO. vom 9. April 1899. Bayr. AG. z. BGB. Art. 4. Hamburg. AG. z. BGB. § 2. Elsaß-Lothr. AG. z. BGB. § 8. Anhalt AG. z. BGB. Art. 3. Bad. AG. z. BGB. Art. 4. Abs. 2. Braunschw. AG. z. BGB. §§ 7. 8. Württemb. AG. z. BGB. Art. 135. Sächs. AV. z. BGB. §§ 4. 5.

Digitized by Google

Ein Schadenersatzanspruch gegen die betheiligten Beamten und Behörden ist ausgeschlossen[1]. Die Eintragung erfolgt auch hier auf Anzeige der zuständigen Behörde (74, Abs. 3).

4. Inwieweit der Fortfall der Mitglieder, die Erledigung des Zweckes, Eintritt von Endtermin und Bedingung den Verein zur Auflösung bringen, ergiebt sich aus der Satzung bez. aus dem Wesen und dem Zwecke des Vereines. Die Auflösung ist bei eingetragenen Vereinen einzutragen (74, Abs. 2).

b. Bei eingetragenen Vereinen gilt Besonderes für den Fall der Minderung der Mitgliederzahl. Sinkt der Bestand der Vereinsmitglieder unter drei, so hat das Amtsgericht auf Antrag des Vorstandes, der binnen drei Monaten gestellt werden soll, oder, wenn der Antrag versäumt wird, von Amtswegen nach Anhörung des Vorstandes die Auflösung des Vereines auszusprechen. Der Beschluß ist dem Vereine zuzustellen und kann im Wege der sofortigen Beschwerde nach CPO. § 577 angefochten werden. Der Entziehungsbeschluß ist aufzuheben, wenn während der Beschwerdefrist Ergänzung der Mitgliederzahl eintrat[2]. Der Verein erlischt mit der Rechtskraft des Urtheiles. Die Auflösung ist von Amtswegen einzutragen (73. 74, Abs. 1).

II. Schicksal des Vermögens des aufgelösten Vereines (45—53)[3].

A. Die Anfallsberechtigten. Das Vermögen des aufgelösten Vereines wird wegen der Beziehungen zu physischen oder anderen juristischen Personen nicht herrenlos, sondern fällt diesen in ähnlicher Weise zu wie eine Erbschaft dem Erben.

1. Ueber das Schicksal des Vermögens bestimmt in erster Linie die Satzung bez. ein später gültig, d. h. satzungsgemäß gefaßter Beschluß. Der Satzung nach kann auch ein anderes Vereinsorgan als die Mitgliederversammlung zur Beschlußfassung kompetent sein und dann den Anfallsberechtigten bestimmen.

Vereine mit idealen Tendenzen können, auch ohne daß die Satzung die Mitgliederversammlung ermächtigt, den Anfallsberechtigten zu bestimmen, durch Beschluß der Mitgliederversammlung ihr Vermögen einer öffenlichen Stiftung oder Anstalt zuweisen.

---

[1] Vgl. Genoss.-Ges. § 79, Ges., betr. Ges. m. b. H., § 62.

[2] Hachenburg, Das BGB. S. 221.

[3] Sachsen-Weim. AG. z. BGB. § 13. Preuß. AG. z. BGB. Art. 5. Anhalt AG. z. BGB., Art. 8, Abs. 1. Braunschw. AG. z. BGB. § 9. Württemb. AG. z. BGB. Art. 135. Sächs. AV. z. BGB. § 6.

Digitized by Google

Letztwillige Verfügungen sind solche Beschlüsse bez. Satzungsbestimmungen nicht. Ihre Anerkennung ist aber durch die Natur der Vereine und das Bedürfniß gefordert (45, Abs. 1. 2).

2. Fehlt es an einer solchen Bestimmung des Anfallsberechtigten, so ist zwischen Vereinen, die ausschließlich dem Interesse ihrer Mitglieder dienen, und denen, die das nicht thun, zu unterscheiden. Dem muthmaßlichen Willen der Mitglieder entsprechend, fällt im ersten Falle (*nicht gemeinnützige Vereine*) das Vermögen zu gleichen Theilen an die zur Zeit der Auflösung vorhandenen Mitglieder, im zweiten Falle (*gemeinnützige Vereine*) an den Fiskus des Bundesstaates, in dessen Gebiet der Verein seinen Sitz hat (45, Abs. 3). Es bleiben aber unberührt die landesrechtlichen Vorschriften, nach denen eine Körperschaft, Stiftung oder Anstalt des öffentlichen Rechtes im Anfallsrecht dem Fiskus vorgeht (EG. Art. 85).

B. *Der Uebergang des Vermögens an die Anfallsberechtigten.*

1. Fällt das Vermögen an den *Fiskus*, so hat dieser die Stellung, als wenn ihm als gesetzlichem Erben die Erbschaft angefallen wäre. Demnach kann der Fiskus den Anfall nicht ablehnen. Er hat aber das Inventarrecht, und zwar, da ihm eine Frist für die Errichtung des Inventars nicht gesetzt werden kann, solange er will, d. h. der Fiskus haftet nur mit den Aktiven des Vereinsvermögens. Er hat aber den Vereinsgläubigern über den Bestand des Vermögens Auskunft zu ertheilen. Der Fiskus hat das Vermögen (natürlich nach Befriedigung der Gläubiger) *thunlichst* in einer dem Zweck des Vereines entsprechenden Weise zu verwenden. Damit ist lediglich eine öffentlich-rechtliche Pflicht des Fiskus ausgesprochen (46. 1936. 1942, Abs. 2. 2011. 1966)[1].

2. In allen andern Fällen (Anfall an einzelne physische oder juristische Personen, Anfall an die letzten Mitglieder) findet ein *Liquidationsverfahren* statt. Dasselbe ist im Anschluß an modernes Reichs- und Partikularrecht geregelt und dient sowohl dem Interesse der Vereinsgläubiger wie der Anfallsberechtigten, die nicht das Recht der Ausschlagung haben. Der Verein gilt bis zur Er-

[1] Obwohl hier in den Materialien von einer *Verpflichtung* des Fiskus die Rede ist, so ist doch durch das „thunlichst" jede privatrechtliche Schranke für den Fiskus beseitigt. Vgl. *Hölder*, Arch. f. d. civ. Praxis, 80, S. 19 f. Gegen *Cosack* I, S. 115, Note 10. 11, der ein Klagerecht der beitragenden Mitglieder annimmt, mit Recht *Hellmann*, Krit. V.J.Schr. Bd. 40 (1898) S. 180.

Digitized by Google

ledigung der Liquidation als fortbestehend, soweit es der Liquidationszweck erfordert (49, Abs. 2). In allen anderen Beziehungen ist das Vereinsvermögen den Anfallsberechtigten angefallen. Diese haben daher nach Beendigung der Liquidation nicht lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch gegen die Liquidatoren auf Herausgabe[1].

α. Die Liquidatoren (48). Die Liquidation erfolgt durch den Vorstand oder andere dazu bestellte Personen. Die Bestellung der Liquidatoren erfolgt wie die des Vorstandes. Der Vorstand ist zur Uebernahme der Liquidation verpflichtet, soweit er nicht befugt ist, die Vorstandschaft niederzulegen.

Die Liquidatoren sind bei eingetragenen Vereinen einzutragen. Die Anmeldung ist durch den Vorstand, bei späteren Aenderungen durch die Liquidatoren zu bewirken, die Eintragung gerichtlich bestellter Liquidatoren erfolgt von Amtswegen (76, vgl. auch 29).

β. Beschlußfassung, rechtliche Stellung, Aufgabe. Mehrere Liquidatoren müssen einstimmig beschließen, sofern nicht ein Anderes bestimmt ist. Solche Bestimmungen sind bei eingetragenen Vereinen einzutragen (48. 76). Die Liquidatoren haben die Rechte und Pflichten des Vorstandes, soweit sich nicht aus dem Liquidationszwecke etwas Anderes ergiebt. Das gilt von der Vertretungsmacht, Geschäftsführung (doch darf eine Weisung der Mitgliederversammlung nicht in den Liquidationszweck eingreifen), von der Pflicht zur Anmeldung des Konkurses und der Haftung aus einer Verzögerung derselben gegenüber den Gläubigern (53). Aus dem prinzipiellen Fortbestande des Vereines folgt, daß die Liquidatoren dem Vereine haften, nicht den Mitgliedern. Soweit eine Anmeldepflicht gegenüber dem Gericht für die Liquidatoren besteht, sind sie auch dem Vorstand gleichgestellt (76. 77. 78).

Die Aufgabe der Liquidatoren besteht in der Beendigung der laufenden Geschäfte und zu dem Zwecke auch in der Eingehung neuer Geschäfte, sodann in der Einziehung der Forderungen und Verfilberung des Vermögens. Beides darf unterbleiben, soweit es zur Befriedigung der Gläubiger oder Vertheilung an die Anfallsberechtigten nicht erforderlich ist. Die Art der Verfilberung liegt ebenso in dem pflichtgemäßen Ermessen der Liquidatoren (49.)

---

[1] Vgl. Neumann zu 49. Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte (1899), S. 393 ff. A.M. Rehbein, S. 56. Cosack, I, § 35, Note 22.

Digitized by Google

Die Liquidatoren haben ferner die Befriedigung der Gläubiger zu bewirken und dazu eine öffentliche Bekanntmachung der Auflösung des Vereines mit der Aufforderung an die Gläubiger zu erlassen, ihre Ansprüche anzumelden; bekannte Gläubiger sind besonders aufzufordern (50). Meldet sich ein bekannter Gläubiger nicht, so haben die Liquidatoren den Betrag seiner Forderung zu hinterlegen, soweit die Voraussetzungen gerichtlicher Hinterlegung vorliegen (52. 372). Kann zur Zeit die Befriedigung eines Gläubigers nicht erfolgen, oder ist eine Verbindlichkeit streitig, so darf Vertheilung nur gegen Sicherheitsleistung an den Gläubiger seitens der Anfallsberechtigten erfolgen (52).

Schließlich muß der Ueberschuß an die Anfallsberechtigten, nach Befriedigung der Gläubiger, herausgegeben werden. Die Herausgabe darf aber nicht vor Ablauf eines Jahres nach Bewirkung der öffentlichen Bekanntmachung (Schutzjahr) erfolgen. Die öffentliche Bekanntmachung ist bewirkt mit dem Ablauf des zweiten Tages nach der Einrückung bez. der ersten Einrückung. Nicht bekannte Gläubiger, die sich nicht gemeldet haben, weder innerhalb des Jahres, noch nach Ablauf desselben, aber vor Ausschüttung sind präkludirt. Ob sie sich an die Anfallsberechtigten halten können, ist nach allgemeinen Gesichtspunkten zu bestimmen (49. 50. 51).

γ. Die Haftung der Liquidatoren. Dieselben haften nur der Körperschaft wie ein Vorstand. Den Gläubigern gegenüber besteht eine Verhaftung nur, soweit schuldhafter Weise von ihnen die besonderen Vorschriften zum Schutze der Gläubiger verletzt worden sind und den Gläubigern daraus ein Schaden erwächst. Mehrere haften als Gesammtschuldner (53).

Eine Haftung der Liquidatoren ergiebt sich daher in folgenden Fällen:

Verzögerung der Anmeldung des Konkurses, Unterlassung ꝛc. der öffentlichen oder besonderen Aufforderung, Mißachtung des Schutzjahres, Nichtberücksichtigung bekannter Gläubiger durch Unterlassung der Hinterlegung, oder Nichterfordern der Sicherheitsleistung, Ausantwortung vor Befriedigung der Gläubiger.

Ein Anspruch auf Rückgewähr des vor Ablauf des Schutzjahres oder vor Befriedigung der Gläubiger zu Unrecht vertheilten Vermögens an den Verein, besteht nicht, sondern immer nur der Schadensersatzanspruch.

Digitized by Google

§ 33.

Die nicht rechtsfähigen Vereine[1].

I. Auch nach dem Inkrafttreten des BGB. werden Vereine, die nach dem öffentlichen Vereinsrechte zu Recht bestehen, vorkommen und als solche im Verkehre auftreten, die nach den gesetzlichen Vorschriften die Rechtsfähigkeit nicht besitzen, sei es, weil sie den Anforderungen des Gesetzes nicht genügen wollen oder können, oder die zwar die Rechtsfähigkeit erlangen wollen und können, sie aber noch nicht erlangt haben. Diese Erscheinung zeigte sich überall da, wo das Landesrecht dem Konzessionsprinzip anhängt, also in Preußen und nach herrschender Ansicht auch im gemeinen Recht, oder wo Normativbestimmungen fakultativer Natur bestehen. Auf Grund des Vereinsrechtes kann der Verein bestehen, aber Körperschaftsrechte hat er zunächst nicht, er ist nicht juristische Person. Daraus ergab sich für den Verkehr ein Mißstand, der diese Vereine als juristische Personen nimmt, wofür sie sich im Verkehr auch geben.

Theorie und Praxis haben verschiedene Wege eingeschlagen, um dem Mißstande abzuhelfen.

a. Behandlung als Körperschaften beschränkten Rechtes. Die Vereine werden als juristische Personen behandelt, es werden ihnen aber bestimmte Rechte versagt (Erbfähigkeit, Eigenthumserwerb oder Erwerb sonstiger Rechte durch Eintragung zu Grundbuch). Diese Halbheit muß nothwendiges Schwanken mit sich bringen.

b. Die frühere Praxis des gemeinen Rechtes griff konsequent durch und unterstellte diese Vereine dem römischen Societätsrecht. Damit war jegliche Rechtsfähigkeit des Vereines als solchen negirt. Allerdings sind damit klare Rechtsverhältnisse gegeben, aber

---

[1] Materialien: M. I. S. 88. P. I. S. 485. 553 f. II. S. 452 ff. VI, S. 117. 206 f. 639 f. BRK. S. 16. Begründg. d. Nov. z. CPO. S. 84. BRK. z. Nov. z. CPO. S. 285 f.

Litteratur: s. I, § 27 Note 4. 1889: Sohm, Die deutsche Genossenschaft. 1890: Kausen, GA., S. 34 ff. Boyens, GA., S. 1019 ff. 1024. 1892: Bähr, Gegenentwurf, S. 16. 1893: Regelsberger I, S. 311 f. Grützmann, Sächs. Arch., Bd. 3, S. 694 f. 1895: Gierke, D. Priv.-R. I, §§ 79. 80. Kuhlenbeck, Rechtsprechung I, S. 103 ff. Hruza, Sächs. Arch., Bd. 5, S. 53 f. 1896: Wach, D. Jur.-Zeitg., Jahrg. 1, S. 286 f. Eck, Allgem. Theil, § 3. 1897: Hellmann, Vorträge über das BGB., § 4. 1898: Hachenburg, Das BGB., S. 202 ff. Leske, S. 46 f. Enneccerus-Lehmann I, § 40. Kuhlenbeck, Von den Pandekten ꝛc. I, S. 239 ff. Eck, Vorträge, § 20. Frey, Sächs. Arch. Bd. 8, S. 399 ff. 1899: Endemann I, § 44. Cosack I, S. 122 f., II, § 270. Krückmann § 8. Leist, Vereinsherrschaft u. Vereinsfreiheit ꝛc. S. 14 ff. 19 ff. 30 ff.

Digitized by Google

dem Bedürfnisse war nicht genügt, und der Gestaltung der Vereine entspricht das römische Sozietätsrecht nicht. Man zog deshalb ein oft nach deutschen Anschauungen (Prinzip der gesammten Hand) modifizirtes Gesellschaftsrecht heran und gelangte so unter künstlichen Konstruktionen dazu, eine einheitliche Rechtsfähigkeit des Vereines anzunehmen, dem Verein Parteifähigkeit im Prozeß zu gewähren, Erwerb im Namen des Vereines für diesen wirksam zu erklären, so daß nur eine gemeinschaftliche Geltendmachung dieser Rechte möglich ist, aber mit der gleichen Beschränkung der Rechtsfähigkeit wie zu a. Im Namen des Vereines eingegangene Verbindlichkeiten sind Verbindlichkeiten des Vereines, für die das Vereinsvermögen haftet, und zwar ausschließlich (ein sehr bestrittener Punkt).

c. Das preußische Landrecht kennt für die in Rede stehenden Vereine („erlaubte Privatgesellschaft") eine besondere Rechtsform. Nach innen werden diese wie juristische Personen behandelt, nach außen erscheinen dagegen die Mitglieder nur als „Theilnehmer eines gemeinsamen Rechtes oder einer gemeinsamen Verbindlichkeit". Erwerb durch Eintragung im Grundbuch ist ausdrücklich im Gesetze versagt. Die Praxis, die sich auch hier in der Richtung von a. und b. bewegt, hat die Erbfähigkeit versagt, aber Haftung des Vereinsvermögens zugestanden, nicht aber ausschließliche Haftung, und, wenn auch schwankend, die Parteifähigkeit.

II. Bei der Neuregelung im BGB. war man sich darüber einig[1], daß für diese Vereine die Rechtsform der Gesellschaft „an sich nicht die geeignete ist", hielt aber auch eine beschränkte Verleihung der Rechtsfähigkeit an diese Vereine zurück, weil sonst die Bestimmungen über den Erwerb der Rechtsfähigkeit illusorisch würden und re vera das Prinzip der freien Körperschaftsbildung zur Anerkennung gelangen würde. Daher sind diese Vereine i. A. dem Rechte der Gesellschaft (Bd. I, § 128) unterstellt (54)[2]. Wir können sie als Vereinsgesellschaften bezeichnen.

A. Demgemäß kann die Vereinssatzung die Bedeutung des Gesellschaftsvertrages gewinnen, und da die meisten Vorschriften des Gesellschaftsrechtes dispositiven Charakter tragen, bietet sich dem Verein die Möglichkeit, in manchen Beziehungen sich eine thatsächlich der der rechtsfähigen Vereine entsprechende Stellung zu verschaffen. Der Vereinsgesellschaftsvorstand hat die Stellung des geschäftsführenden

[1] Denkschrift, S. 13, vgl. M. II, S. 592 f.

[2] Hess. AG. z. BGB. Art. 134.

Digitized by Google

Gesellschafters. Seine Vertretungsmacht bestimmt sich nach 714. 715. Die Art seiner Beschlußfassung kann durch 709. 710 der des Vorstandes eines rechtsfähigen Vereines entsprechend gestaltet werden; er haftet aus seiner Geschäftsführung wie der letztere den Mitgliedern, wie ein Beauftragter (713). Die Vereinsgesellschaften können im Gesellschaftsvertrage (Satzung) auch die gleiche Unabhängigkeit von der Person ihrer Mitglieder und dem Wechsel derselben erreichen (vgl. 736. 738) wie die rechtsfähigen Vereine.

B. Die Vereinsgesellschaft ist nicht rechtsfähig. Es kommt ihr keine Erbfähigkeit zu. Das Vermögen ist Gesellschaftsvermögen; es steht den Mitgliedern zur gesammten Hand zu. Das Verhältniß zur gesammten Hand bringt aber praktisch ähnliche Wirkungen mit sich, als wenn das Vermögen dem Verein selbst zustände. Auch im Grundbuche können nur die Mitglieder als Berechtigte eingetragen werden (vgl. aber GBO. § 48).

C. Die Schulden der Vereinsgesellschaft sind wie Gesellschaftsschulden zu behandeln. Für sie haftet daher außer dem Gesellschaftsvermögen jedes Mitglied persönlich. In Abweichung vom Gesellschaftsrecht ist aber bestimmt, daß aus einem Rechtsgeschäfte, das im Namen des Vereines mit einem Dritten geschlossen wird, der Handelnde persönlich haften soll, und daß Mehrere als Gesammtschuldner haften. Die persönliche Haftung tritt ohne Rücksicht darauf ein, ob der Dritte wußte oder wissen mußte, daß er es mit dem Vertreter eines nicht rechtsfähigen Vereines zu thun hatte. Diese Haftung beschränkt sich auch nicht auf die Vorstandsmitglieder, sondern trifft alle Personen, die im Namen des Vereines handeln. Möglich ist es aber, daß durch Vereinbarung mit dem dritten Gläubiger der letztere auf die Haftung des Vertreters verzichtet und sich mit der Haftung des Gesellschaftsvermögens und der Mitglieder begnügt[1]. Inwieweit die persönlich haftenden Vertreter an die Mitglieder Regreß nehmen können, bestimmt sich nach dem Gesellschaftsrecht. Die persönliche Haftung der Mitglieder kann nun allerdings durch Vereinbarung mit dem dritten Gläubiger ausgeschlossen und es kann bestimmt werden, daß dem Gläubiger nur das Gesellschaftsvermögen, d. h. der Antheil des einzelnen Mitgliedes an diesem, haften solle. Eine Bestimmung im Gesellschaftsvertrage (Satzung), welche die Vertretungsmacht des Vorstandes dahin beschränkt, daß er nur mit dieser Einschränkung der Haftung Verbindlichkeiten für die Gesell-

[1] So Hruza, a. a. O. (1895), S. 54.

Digitized by Google

schaft eingehen dürfe, ist aber an sich für den dritten Gläubiger nicht verbindlich[1]. Es kommt immer darauf an, daß eine ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung mit dem Gläubiger, also ein Verzicht des Gläubigers auf die persönliche Haftung vorliegt; unterließ es der Vertreter der Vereinsgesellschaft, diesen Verzicht des Gläubigers herbeizuführen, so tritt dennoch die persönliche Haftung der Mitglieder ein, allerdings auch die Haftung des Vertreters nach 179. Eine Haftung der Vereinsgesellschaft für die Schadensstiftungen der Vertreter ist nur nach allgemeinen Grundsätzen (831), nicht nach 31 begründet[2].

D. Die Vereinsgesellschaft hat die passive Parteifähigkeit. Sie kann nach CPO. § 50, Abs. 2 wie ein rechtsfähiger Verein verklagt werden und wird durch den Vorstand vertreten. Das Urtheil ergeht für und gegen die Vereinsgesellschaft. Die Zwangsvollstreckung in ihr Vermögen kann auf Grund eines solchen Urtheiles stattfinden (CPO. § 735), und dementsprechend ist, wie bei Aktiengesellschaften, ein Konkursverfahren über dieses Vermögen möglich (KO. § 213). Prinzipiell ist aber der Vereinsgesellschaft die aktive Parteifähigkeit versagt. Es müssen sämmtliche Mitglieder als Streitgenossen klagen, und der Vorstand hat die Stellung eines Bevollmächtigten. Es erleidet diese Versagung aber nothwendige Ausnahmen, besonders im Falle der Widerklage (CPO. §§ 33. 280), der Nichtigkeits- und Restitutionsklage (CPO. § 578) und der Klage zur Geltendmachung von Einwendungen gegen den Anspruch im Stadium der Zwangsvollstreckung (CPO. § 767)[3].

E. Die Vereinsgesellschaft unterscheidet sich vom rechtsfähigen Verein wesentlich durch die innere Organisation. Hier ist sie Gesellschaft mit allen Folgen. Insbesondere kann der Vereinsgesellschafter bei seinem Austritt Auskehrung wie ein Gesellschafter verlangen, und dieser Anspruch kann, wenn man annehmen darf, daß 738 zwingendes Recht enthält[4], ihm nur mit dem Recht auf Austritt entzogen werden (vgl. Bd. I, § 31. II, A).

III. Da die Vereinsgesellschaft der Gesellschaft gleichgestellt wird, so wird zu fragen sein, ob zwischen diesen beiden überhaupt eine

[1] So auch Hachenburg, Das BGB., S. 203. Rehbein, S. 43. A. M. Planck, Zu § 54.

[2] A. M. Hachenburg, Das BGB. S. 211.

[3] Ueber die Frage, ob der Vereinsgesellschaft gegenüber eingetretene Rechtshängigkeit und Rechtskraft auch gegen die Mitglieder wirke, vgl. Eck, a. a. O., S. 83 f.

[4] So Leist, a. a. O. S. 47 f.

Digitized by Google

Differenz bestehe. Ist eine solche zu leugnen, so muß das Recht der Vereinsgesellschaft auch auf die Gesellschaft Anwendung finden, also auch 54 Satz 2[1]. Es besteht aber zwischen beiden Erscheinungen der Unterschied, daß nur bei der Vereinsgesellschaft der auf korporative Organisation gerichtete Wille der Mitglieder vorhanden ist[2].

§ 34.

B. Die Stiftungen und Anstalten[3].

Für das BGB. handelt es sich nur um die privatrechtlichen Stiftungen und Anstalten. Den öffentlichen Stiftungen gehören alle diejenigen an, 1. die nicht auf einem Privatrechtsgeschäfte beruhen, die also ihr wesentliches Fundament in einem Akte der öffentlichen Gewalt haben, wenn nicht zugleich eine Ausscheidung aus dem öffentlichen Organismus statthat, 2. die, obwohl sie durch Privatrechtsgeschäft begründet sind, doch dem Organismus des Staates oder einer öffentlichen Kirchengemeinschaft angehören. Durch Privatrechtsgeschäft sind sie dann begründet, wenn das Privatrechtsgeschäft der wesentliche Begründungsakt ist, mag auch ein Akt der öffentlichen Gewalt hinzutreten.

Auch die Privatstiftung greift aber (durch Unterstützung eines bestimmten allgemeinen Zweckes, durch Festlegung von Vermögens-

---

[1] So Endemann I, § 180, Z. 2. Leist, a. a. O. S. 37, Note 1.

[2] So Planck II, S. 453.

[3] Materialien: M. I. S. 79. 118 ff. P. I. S. 488 ff. 585 ff. II. S. 32 f. V. S. 883 ff. VI. S. 23 f. 118 f. 407. D. S. 15 f. BRK. S. 23 ff.

Litteratur: 1888: Schloßmann, Jahrb. f. Dogm., Bd. 27, S. 1 ff. Hölder, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 73, S. 47 ff. Schilling, Aphorismen, S. 32. Zróblowski, Kodifikationsfragen, S. 58. 1889: Jacoby, Annalen des d. Reichs, S. 312 ff. Gierke, Der Entwurf, S. 154 ff. Derselbe, Beiträge, H. 18, S. 39 f. 42. 45 f. Bekker, System II, S. 277 ff. 1890: Kohler, Arch. f. bürg. R., Bd. 3, S. 228 ff. Uhrig, Jur. Rundschau f. d. kath. Deutschland, Ergänzungsheft, S. 96. 98 f. 109. 1891: Hölder, Pandekten I, § 28. 1892: Bähr, Gegenentwurf, S. 16 ff. Jakubezky, Bemerkungen S. 9 f. 14. 1893: Hölder, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 80, S. 23 f. Regelsberger I, §§ 87—93. 1895: Gierke, D. Pr.-R. I, §§ 77. 78. 1896: Eck, Allgem. Theil, S. 21 ff. 1897: Bunsen I, § 11. Hellmann, Vorträge über das BGB. § 8. 1898: Stintzing, W., Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 88, S. 392 ff. Leske, S. 47 ff. Enneccerus-Lehmann I, §§ 42 u. 43. Kuhlenbeck, Von den Pandekten ꝛc. I, S. 244 ff. Eck, § 22. Weyl I, § 34. 1899: Endemann I, § 49. Cosack I, § 36. Krückmann §§ 7. 8. v. Buchka, § 2. Schepp, Das öffentliche Recht im BGB., S. 17 ff.

Digitized by Google

mitteln für solchen) in die öffentlichen Verhältnisse erheblich ein, erfordert daher vielfach eine Normirung durch das öffentliche Recht. Auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes liegen auch die Bestimmungen über die Beaufsichtigung der juristischen Personen i. A. wie auch der Stiftungen[1].

I. Die Entstehung der Stiftung.

Die Stiftung entsteht, wenn dem Stiftungsgeschäfte die staatliche Genehmigung hinzutritt (80).

A. Das Stiftungsgeschäft (81—84).

1. Dasselbe kann ein Geschäft unter Lebenden sein. Die rechtsgeschäftliche Natur dieses Aktes ist nicht zu bezweifeln. Das Geschäft hat zum Inhalte die Erzeugung eines Rechtssubjektes durch dauernde Vermögenswidmung an einen Zweck bez. Erzeugung und Bestimmung gewisser Einrichtungen zur Erfüllung eines bestehenden Zweckes. Vorausgesetzt ist also Geschäftsthätigkeit und Dispositionsbefugniß wie bei unentgeltlichen Verfügungen. Inhaltlich würde das Geschäft den Zweck (selbstverständlich hinreichend genau) bestimmen müssen. Derselbe muß rechtlich und sittlich erlaubt und vernünftig sein. Ferner muß das Geschäft das Vermögen der Stiftung, soweit solches in Frage kommen soll, benennen und den Willen zum Ausdrucke bringen, daß die Stiftung selbständig bestehen soll. Auch über die Verfassung kann das Geschäft bestimmen.

a. Das Stiftungsgeschäft selbst ist ein einseitiges nicht empfangsbedürftiges Geschäft, kein Vertrag, da es an einem Vertragsgegner fehlt. Ueber die empfangsbedürftigen Geschäfte vgl. Bd. I, § 49.

b. Es bedarf der schriftlichen Form wegen der Bedeutung des Geschäftes und der Nothwendigkeit zweifelsfreier Feststellung des Stifterwillens (81, Abs. 1).

c. Da die Stiftung der staatlichen Genehmigung (B) stets bedarf, so erhebt sich die Frage: wann ist der Stifter gebunden? Der Stifter kann bis zur Ertheilung der staatlichen Genehmigung frei widerrufen. Gerade die Verhandlungen mit der Behörde können die Veranlassung zum Widerrufe bieten. Nach Einreichung des Gesuches kann der Widerruf nur noch der zuständigen Behörde gegenüber erklärt werden, damit nicht eine ertheilte Genehmigung gegenstandslos wird. Die Erben des Stifters können, wenn der Stifter die Ge-

[1] Mecklenb. (-Schwer., -Strel.) AV. z. BGB. §§ 17. 19. 22. 23. Bayer. AG. z. BGB. Art. 6. Sachsen-Altenb. AG. z. BGB. § 2. Sachsen-Weim. AG. z. BGB. § 16, Abs. 2. Hamburg, AG. z. BGB. §§ 14—16. Braunschw. AG. z. BGB. §§ 11—13.

Digitized by Google

nehmigung noch nicht nachgesucht hatte, als er starb, die Nachsuchung der Genehmigung unterlassen, und sie können eine von ihnen bewirkte Nachsuchung widerrufen bis zur Ertheilung der Genehmigung, da sie in die Rechtslage des Stifters insoweit eintreten. Starb aber der Stifter nach Bewirkung der Nachsuchung, so haben die Erben kein Widerrufsrecht. Bewirkung der Nachsuchung liegt vor nicht nur, wenn der Stifter das Gesuch um Genehmigung eingereicht hat, sondern auch, wenn er bei oder nach der Beurkundung des Stiftungsgeschäftes das Gericht oder den Notar mit der Nachsuchung betraut hat (81, Abs. 2).

d. Aus dem Stiftungsgeschäft entsteht für den Stifter die Verpflichtung zur Uebertragung des zugesicherten Vermögens auf die Stiftung. Forderungsberechtigt ist die Stiftung selbst. Rechte aber, zu deren Uebertragung der Abtretungsvertrag genügt, gehen mit dem Stiftungsgeschäft ohne Weiteres auf die Stiftung über (z. B. Forderungen, aber auch andere Rechte), wenn nicht aus dem Stiftungsgeschäft ein entgegengesetzter Wille des Stifters erhellt. Die Verpflichtung des Stifters und der Rechtserwerb für die Stiftung können in allen Fällen definitiv erst dann eintreten, wenn die staatliche Genehmigung ertheilt ist, da erst mit dieser die Stiftung entsteht (82)[1].

e. Ob das Stiftungsgeschäft zugleich eine Schenkung ist oder nicht, ist im BGB. mit Recht nicht entschieden. Es kommt hier auf den einzelnen Fall an. Für die Annahme einer Schenkung ist ein freigebiges Vermögensopfer seitens des Stifters erforderlich. Fehlt ein Vermögensopfer oder geschieht die Stiftung zur Erfüllung von Auflage und Bedingung, so liegt Schenkung nicht vor. Ist Schenkung gegeben, so ist die Anwendung der Schenkungsgrundsätze nothwendig (Bd. I, § 112)[2].

2. Das Stiftungsgeschäft kann ein Geschäft von Todeswegen sein.

a. In Betracht kommen sowohl letztwillige Verfügungen von Todeswegen (Erbeseinsetzung und Vermächtniß) als auch Erbeinsetzungs- und Vermächtnißvertrag.

b. Ist die Stiftung Geschäft von Todeswegen, so ist dadurch die Form des Stiftungsgeschäftes gegeben. Der schriftlichen Form bedarf es nicht mehr.

c. Grundlage der Stiftung ist in diesen Fällen die Erbschaft,

[1] Ueber die Haftung des Stifters in der Zeit von der Genehmigung vergl. Hölder, Komm., S. 195, gegen Planck zu § 82.

[2] Anders Rehbein, S. 66.

Digitized by Google

eine Quote derselben oder der Vermächtnißanspruch. Da auch hier zur Entstehung der Stiftung die staatliche Genehmigung erforderlich ist, so würde, wenn im Momente des Todes die Genehmigung noch aussteht, die Erbschaft auf Diejenigen als Vorerben übergehen, welche ohne die Verfügung des Stifters berufen wären. Die Stiftung würde als Nacherbin mit der Genehmigung eintreten (Bd. II, §§ 149. 150). Weil die Ertheilung der Genehmigung aber nur kurze Zeit in Zweifel sein kann, soll das komplizirte Verhältniß nicht eintreten; vielmehr soll (anders als bei Einsetzung eines z. Zt. des Erbfalles noch nicht Erzeugten oder einer noch nicht existenten juristischen Person, 1923, Abs. 2, 2101), was die Zuwendungen des Stifters betrifft, die Stiftung als schon vor dem Tode des Stifters entstanden gelten, d. h. die Genehmigung wird zurückbezogen auf die Zeit vor Eintritt des Anfalles (84). Damit wird der unmittelbare Uebergang der Erbschaft auf die Stiftung erreicht. Handelt es sich um die Widmung einer Quote der Erbschaft, so ist genügend gegen die Komplizirung vorgesorgt dadurch, daß die Auseinandersetzung bis zur Ertheilung der Genehmigung ausgesetzt bleibt (2043). In beiden Fällen ist wegen der Ungewißheit des Erben, solange die Genehmigung aussteht, eine Nachlaßpflegschaft einzusetzen (1960. 1961). Liegt ein Vermächtniß vor, so wird die Genehmigung, was den Anfall betrifft, gleichfalls auf die Zeit vor dem Erbfalle zurückbezogen. Der Schwebezustand vom Erbfall bis zur Genehmigung wird nach Analogie des Falles behandelt, in dem eine Leistung unter aufschiebender Bedingung geschuldet wird (condicio juris) (2179).

B. Die staatliche Genehmigung.

Die hier in Frage stehende obrigkeitliche Genehmigung ist nicht nur polizeiliche Genehmigung, sondern als Verleihung der Rechtsfähigkeit aufzufassen, weil nach der Entstehungsgeschichte der Gesetzesbestimmung auch diejenigen Landesgesetze völlig ersetzt werden sollten, welche die staatliche Verleihung der Rechtsfähigkeit verlangen. Im Uebrigen hat sie nur deklaratorische Bedeutung und kann weder den Mangel der Form noch etwaige Anfechtung des Stiftungsgeschäftes heilen[2].

1. Zweifellos fällt die hier in Frage stehende Genehmigung nicht unter die privatrechtlichen Willenserklärungen dieses Namens, sondern sie ist Ausübung des Staatshoheitsrechtes. Daher ist auch von Rückwirkung auf den Moment des Abschlusses des Stiftungsgeschäftes nicht die Rede.

2. Die Genehmigung ist zu ertheilen von dem Bundesstaate, in

[1] Kuhlenbeck, Von den Pandekten I, S. 255.

Digitized by Google

dem die Stiftung ihren Sitz hat. Als Sitz gilt, wenn nicht ein Anderes bestimmt ist, der Ort, an dem die Verwaltung geführt wird. Die zuständige Behörde bestimmt sich nach dem Landesrechte des betr. Bundesstaates[1]. Soll die Stiftung ihren Sitz nicht in einem Bundesstaate haben, so ist die Genehmigung des Bundesrathes erforderlich (80).

3. Wer die Genehmigung nachsucht, ergiebt sich aus A. Nur für den Fall, daß die Stiftung durch Geschäft von Todeswegen begründet wird, ist bestimmt, daß das Nachlaßgericht die Genehmigung nachzusuchen hat, wenn sie nicht vom Erben oder dem Testamentsvollstrecker eingeholt wird (83).

C. Die Errichtung von Stiftungen durch Gesetz oder Verwaltungsakt ist vom BGB. nicht berührt. Sind diese Stiftungen öffentlichrechtliche, so fallen sie ohnehin nicht unter das BGB. Sind sie privatrechtliche, so bleibt jedenfalls das Landesrecht maßgebend.

II. Die Rechtsfähigkeit der Stiftungen bestimmt sich wie die der Vereine (Bd. I, § 29).

III. Die Verfassung.

Sie bestimmt sich durch reichsgesetzliche Vorschriften, in Ermanglung solcher durch das Landesrecht und erst nach diesem durch das Stiftungsgeschäft. Daß das Landesrecht dem Stiftungsgeschäfte vorgeht, erklärt sich daraus, daß die landesrechtlichen Bestimmungen vielfach in das öffentliche Recht eingreifen. Die Landesgesetze können also dem Stiftungsgeschäfte gegenüber dispositive, aber auch zwingende Normen aufstellen (85)[2].

Das BGB. überträgt nun gewisse Normen von den Vereinen auf die Stiftungen (86).

1. Jede Stiftung muß einen Vorstand haben. Sorgt das Landesgesetz nicht durch dispositive oder zwingende Norm vor[3], so muß das Stiftungsgeschäft den Vorstand bestimmen. Einen Vorstand müssen auch die nach Landesrecht durch eine öffentliche Behörde verwalteten Stiftungen haben. Diese Stellung kann die verwaltende Behörde einnehmen. Der Vorstand kann aus mehreren Mitgliedern bestehen. Die Vertretungsmacht ist die der Vereinsvorstände.

---

[1] Mecklenb. (-Schwer., -Strel.) AVB. z. BGB. § 16. Sachsen-Weim. AG. z. BGB. § 14. Hamburg, AG. z. BGB. § 6. Anhalt. AG. z. BGB. Art. 5. Braunschw. AG. z. BGB. § 10. Hess. AG. z. BGB. Art. 7.

[2] Sachsen-Weim. AG. z. BGB. § 15. Hamburg, AG. z. BGB. §§ 7—13. Braunschwg. AG. z. BGB. §§ 11—13. Sachsen, AG. z. BGB. § 1, AV. z. BGB. § 7.

[3] Z. B. Mecklenb.-Schwer. AV. z. BGB. § 18.

Digitized by Google

2. Auch die Geschäftsführung bestimmt sich wie bei Vereinsvorständen (Auftrag), wenn nicht die Verfassung (Landesrecht), insbesondere im Falle der Verwaltung durch eine öffentliche Behörde, etwas Anderes ergiebt (27, Abs 3)[1].

3. Nach dem Rechte der Vereine ist auch die Beschlußfassung des Vorstandes, der aus Mehreren besteht, die Abgabe von Willenserklärungen gegenüber der Stiftung, die Ergänzung des Vorstandes durch das Gericht, die Bestellung besonderer Vertreter und die Haftung der Stiftung aus Handlungen der Vertreter geregelt.

Die Beschlußfassung mehrgliedriger Vorstände richtet sich aber zunächst nach der Verfassung (Landesrecht!) bez. nach der Behördenorganisation, wenn eine öffentliche Behörde Verwalterin und Vorstand ist.

Die Bestimmung über Abgabe von Willenserklärungen gegenüber von Stiftungen und über die gerichtliche provisorische Ergänzung des Vorstandes finden auf Stiftungen, die durch öffentliche Behörden verwaltet werden, keine Anwendung (28—31)[2].

4. Der Vorstand der Stiftung hat die Pflicht, bei Ueberschuldung den Konkurs[3] zu beantragen, wie der Vereinsvorstand (42).

IV. Die Auflösung und Umwandlung, das Schicksal des Vermögens (87. 88). Eine bestehende Stiftung erlischt im Falle des Konkurses, ferner aus Gründen, die sich aus dem Stiftungsgeschäft oder dem Zwecke ergeben, nicht aber nothwendiger Weise durch den Untergang ihres Vermögens[4]. Außerdem kommt die Aufhebung durch die Behörde in Betracht.

1. Die zuständige Behörde[5] kann die Stiftung aufheben oder ihr eine andere Zweckbestimmung geben (Umwandlung), wenn die Erfüllung des Stiftungszweckes unmöglich geworden ist, oder wenn sie das Gemeinwohl gefährdet, nicht dagegen, wenn die Erfüllung des Zweckes zwar möglich bleibt, auch das Gemeinwohl nicht gefährdet ist, aber im allgemeinen Interesse nicht wünschenswerth er-

[1] Z. B. Sachsen-Weim. AG. z. BGB. § 16.

[2] Württemberg. AG. z. BGB. Art. 139.

[3] Vgl. KO. § 213.

[4] A. M. Kuhlenbeck, Von den Pandekten I, S. 262. Dagegen Planck, zu 81. Z. 2.

[5] Mecklenb. (-Schwer., -Strel.) AVB. z. BGB. § 20. Sachsen-Altenb. AG. z. BGB. § 2. Sachsen-Weim. AG. z. BGB. § 14. Hamburg. AG. z. BGB. §§ 17. 18. Elsaß-Lothr. AG. z. BGB. § 8. Anhalt. AG. z. BGB. Art. 7. Braunschwg. AG. z. BGB. § 10. Preuß. AG. z. BGB. Art. 4. Hess. AG. z. BGB. Art. 8. Sachsen, AV. z. BGB. § 7.

Digitized by Google

scheint. Die Umwandlung soll im Sinne des Stifters erfolgen, und mit ihr kann eine Aenderung der Stiftung angeordnet werden (87)[1].

2. Ueber das Schicksal des Stiftungsvermögens entscheidet die Verfassung (88). Anfallberechtigt sind die in der Verfassung genannten Personen. Schweigt die Verfassung, so entscheidet (85) das Landesrecht. Demgemäß kann sich ein Anfallsrecht des Fiskus (46) oder anderer Personen ergeben[2]. Im letzteren Falle tritt die Liquidation wie bei den Vereinen (46—53), im ersteren Anfall an den Fiskus ein.

V. Die Familienstiftungen. Diese dienen ausschließlich dem Interesse der Mitglieder einer bestimmten Familie. Sie folgen dem Rechte der Stiftungen. Ihr eigenartiger Zweck hat aber im Landesrecht zu besonderer Regelung der Verfassung und der Erwerbsfähigkeit geführt[3].

§ 35.

Die nicht rechtsfähigen Stiftungen[4].

I. Der Stifter kann den Stiftungszweck durch Zuwendung an eine andere physische oder besonders juristische Person unter der Auflage der Verwendung für den bestimmten Zweck erreichen, und zwar

1. entweder so, daß das Zugewendete in das freie Vermögen des Empfängers übergeht gegen Uebernahme der Verpflichtung der Zweckerfüllung schlechthin, also eventuell auch aus eigenem Vermögen;

---

[1] Das Landesrecht kann aber auf Grund von 85 über die Voraussetzungen von 87 hinausgehen: Mecklenb. (-Schwer., -Strel.) AV. z. BGB. § 20.

[2] Mecklenb. (-Schwer., -Strel.) AVV. z. BGB. §§ 21. 22. Preuß. AG. z. BGB., Art. 5. Bayer. AG. z. BGB. Art. 5. Sachsen-Weim. AG. z. BGB. § 17. Hamburg. AG. z. BGB. § 19. Anhalt. AG. z. BGB. Art. 8, Abs. 2. Braunschwg. AG. z. BGB. § 14. Elsaß-Lothr. AG. z. BGB. § 7. Württemb. AG. z. BGB. Art. 138. Hess. AG. z. BGB. Art. 9—11. Sachsen, AV. z. BGB. § 7.

[3] Preuß. AG. z. BGB. Art. 1—3. 6. 7. § 1. Anhalt. AG. z. BGB. Art. 6.

[4] Litteratur: s. Bd. I, § 34, Note 3. 1890: Rocholl, Vorschläge, S. 30 ff. 1892: Regelsberger, Streifzüge im Gebiet des Civilrechtes, S. 70 ff. Bähr, Gegenentw., S. 16. Jakubezky, Bemerkungen, S. 14. 1893: Regelsberger I, § 87. 1894: Krückmann, Arch. f. bürg. R., Bd. 8, S. 67 ff. 1895: Gierke, D. Priv.-R. I, § 80, bes. Note 43. Kuhlenbeck, Rechtsprechung I, S. 112 ff. 1896: Isay, Jahrb. f. Dogm., Bd. 36, S. 409 ff. 1898: Leske, S. 49. Kuhlenbeck, Von den Pandekten I, S. 246. Eck, S. 92 f. 1899: Cosack I, § 36. S. 119. Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte, S. 236 ff.

Digitized by Google

2. oder so, daß das Zugewendete als Zweckvermögen in das fiduziarische Recht des Empfängers gelangt. Die Verpflichtung der Sorge für den Zweck trifft den Empfänger gleichfalls, aber nur aus dem empfangenen Vermögen und als Fiduziar.

II. Den Stiftungen nahe stehen wirthschaftlich die Sammlungen zu vorübergehenden Zwecken. Die Beiträge sollen ihrem Zwecke zugeführt werden. Welches aber ist das Rechtsverhältniß an diesem Sondergut bis zur Verwendung? Wer ist Subjekt? Gierke nimmt an, daß alle Beitragenden in eine sog. Beitragsgesellschaft treten, die nach dem Prinzip der gesammten Hand geregelt ist. Die Ausschüsse, Komitees ꝛc., welche die Beiträge veranlassen, rufen diese Gesellschaft nur hervor und repräsentiren die Gesellschaft als Geschäftsführer. Die Beiträge werden demnach Gesellschaftseigenthum. Die Beitragenden haben Antheile daran, die aber durch die gesammte Hand gebunden sind. Danach würde sich bestimmen, wie weit die Mitglieder beschließen können über Abänderung des Zweckes, ob Anspruch auf Ausführung des Unternehmens, Rechnungslegung von der Gesammtheit geltend gemacht werden kann ꝛc. — Gierke giebt aber selbst zu, daß in vielen Fällen die Gesammtheit der Betheiligten so unbestimmt ist, daß sie als Vermögensträgerin nicht gelten kann. Gegen diese Auffassung spricht außerdem, daß sehr häufig die Beitragenden sich jedes Rechtes am Beitrage und jeder Kontrole begeben wollen, und daß sie hingeben im Vertrauen auf den Ausschuß. Es wäre also wohl quaestio facti, ob eine Beitragsgesellschaft gegründet werden soll. In diesem Falle würde die Erscheinung nicht hierher gehören.

Andere (Krückmann) nehmen bedingtes römisches Miteigenthum des Ausschusses ꝛc., also bei einzelnen Sammlern bedingtes Eigenthum des Sammlers oder, wie Brinz[1], Bekker[2], Dernburg[3], ein herrenloses (darum nicht schutzloses) Zweckvermögen so lange an, bis die Verwendung stattgefunden hat. Auch die Auffassung ist vertreten, daß es sich um eine juristische Person eigener Art handle, die ohne staatliche Genehmigung zur Entstehung gelange[4]. In den meisten Fällen wird die folgende, von Regelsberger vertretene Auffassung den Parteiabsichten und dem Bedürfnisse entsprechen. Die hingegebenen Beiträge werden fiduziarisches Eigenthum der

[1] Pandekten (1. A.), S. 1020. 1062, (2. A.), § 440 a. E.
[2] System II, § 112, Beil. II.
[3] Pandekten I, § 62, Anm. 8.
[4] Isay, a. a. O. S. 446 f.

Digitized by Google

Sammler. Das Versprechen der Beiträge (Zeichnung) macht die Sammler zu Gläubigern als Treuhänder, Fiduziare.

Nach dem BGB. ist eine eigentliche Stiftung schon wegen des Fehlens der dauernden Zweckbestimmung ausgeschlossen. Ein selbständiges Zweckvermögen kennt das BGB. nicht. Wem das Vermögen zusteht, ist daher auch ferner nach Lage des Falles zu ermessen. Nur bestimmt 1914, daß für ein Vermögen, das durch öffentliche Sammlungen für einen vorübergehenden Zweck aufgebracht ist, eine Pflegschaft zur Verwaltung und Verwendung eingerichtet werden kann,

a. wenn die zur Verwaltung und Verwendung berufenen Personen weggefallen sind,

b. wenn diesen Personen gegenüber ein wichtiger Grund (z. B. grobe Pflichtverletzung, Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung) für die Entziehung der Verwaltung und Verwendung vorliegt.

§ 36.

Juristische Personen des öffentlichen Rechtes[1].

I. Zu diesen zählen der Fiskus, Korporationen, Anstalten und Stiftungen. Die besondere Hervorhebung der Anstalten im Gesetz erklärt sich daher, daß bei den so bezeichneten juristischen Personen häufig Zweifel bestehen, ob sie Korporationen oder Stiftungen sind.

Die Entstehung und Verfassung, insbesondere die Organe der öffentlichen juristischen Personen bestimmen sich nach dem öffentlichen

[1] Materialien: M. I. S. 80. 124 ff. P. I. S. 489. 497. 585 f. 607 ff. 619, II. S. 663 f. 670 f. VI. S. 144. D. S. 16 f. BRK., S. 17.

Litteratur: 1888: Hölder, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 73, S. 52 ff. Neumann, Gruch. Beitr., Bd. 32, S. 879. Schilling, Aphorismen, S. 28. 31. 1889: Jacoby, Annalen d. d. Reiches, S. 315. Gierke, Der Entw., S. 150. 158 ff. Derselbe, Beitr., H. 18, S. 27 f. 38. 49 ff. Meischeider, Beitr., H. 3, S. 9 f. 53. 1890: Kausen, GA., S. 20. 39 f. Hartmann, ebenda, S. 1255 ff. Mecke, ebenda, S. 14 f. Pütter, Arch. f. öff. R., Bd. 5, S. 144. Bernatzik, ebenda, S. 169 ff. Jakubezky, Bemerkungen S. 9 f. 1893: Regelsberger I, §§ 80. 91. 1895: Gierke, D. Priv.-R. I, §§ 60. 61. 71—73. 75. 77. Kuhlenbeck, Rechtsprechung I, S. 127 ff. 1897: Hellmann, Vorträge über das BGB., § 9. 1898: Leske, S. 50. Enneccerus-Lehmann I, § 41. Eck, § 16. Weyl I, § 35. 1899: Endemann I, § 48. Cosack, I § 37. Krückmann, § 9. Habicht, Die Einwirkung des BGB. auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse S. 81 f. Hatschek, J., Die rechtliche Stellung des Fiskus im BGB. (S.A.) Schepp, Das öffentl. R. im BGB. S. 7 f. 20 f.

Digitized by Google

Recht der Bundesstaaten. Aus dem Landesrechte ist daher zu entnehmen, ob sie juristische Persönlichkeit auf dem Privatrechtsgebiete besitzen.

Dagegen sind andrerseits zwei für die privatrechtlichen juristischen Personen geltende Vorschriften auch auf die des öffentlichen Rechtes für anwendbar erklärt (89).

A. Für die zum Schadensersatz verpflichtenden Handlungen der verfassungsmäßig berufenen Vertreter in Ausführung der ihnen zukommenden Verrichtungen haften auch diese juristischen Personen selbst (also z. B. der Staat, die Gemeinden), vorausgesetzt aber, daß die fraglichen Handlungen in Ausübung wirklich zustehender privatrechtlicher Vertretungsmacht begangen sind (179. 833)[1]. Beim Staate kommt es daher darauf an, daß er als Fiskus im bürgerlichen Rechtsverkehr betheiligt ist, d. h. entweder an Privatrechtsverhältnissen, die Erwerb, Erhaltung und Veräußerung von Finanz- oder Verwaltungsvermögen bezwecken, oder in seiner Eigenschaft als Eigenthümer von Finanzvermögen oder immobilem Verwaltungsvermögen, von öffentlichen Sachen oder Verwaltungsmitteln der öffentlichen Anstalten. Handeln dagegen die Organe nur kraft ihrer öffentlichen Gewalt, so bestimmt sich die Haftung allein nach dem öffentlichen Rechte (Reichs-[2], Landesrecht). Die betreffenden, eine solche Haftung anerkennenden Landesgesetze bleiben erhalten, ebenso die landesgesetzlichen Vorschriften, welche das Recht des Beschädigten, von dem Beamten den Ersatz eines solchen Schadens zu verlangen, insoweit ausschließen, als der Staat oder der Kommunalverband haftet (EG. Art. 77)[3]. Unberührt bleiben auch die landesgesetzlichen

[1] In Frage stehen auch hier thatsächliche Akte. Insofern richtig Eck, S. 59 f., aber nur solche Akte, die eben im Rahmen der privatrechtlichen Vertretungsmacht bleiben. Eck will die Haftung aus 31 auf thatsächliche amtliche Handlungen erstrecken und also nur die amtlichen Rechtsakte ausnehmen (Akte der freiw. Gerichtsbarkeit, Beschlagnahmen durch Zollbeamte, Auflösung eines Vereines, vgl. Gen.-Ges. § 79, Ges., betr. d. Ges. m. beschr. H., § 62). Haften soll also z. B. der Fiskus, wenn ein Regierungsbaumeister Bauten fehlerhaft ausführt und Dritte geschädigt werden. Die Denkschrift a. a. O. betont mit Recht die privatrechtliche Vertretungsmacht im Gegensatz zur öffentlichen Gewalt. Demgemäß sind auch die thatsächlichen Akte der Beamten zu scheiden, so schwierig auch die Scheidung überhaupt sein mag. Vgl. auch Hatschek, a. a. O. S. 53.

[2] Vgl. GVO. § 12. Postgesetz vom 28. Oktober 1871 §§ 6 ff. Telegraphen-O. vom 15. Juni 1891 § 23. Haftpflichtgesetz vom 7. Juni 1871. HGB. § 456.

[3] Die Ausführungsgesetze schlagen hier verschiedene Wege ein. Der Staat haftet nur, insoweit reichsgesetzlich

Digitized by Google

Vorschriften über die Haftung der Beamten für die von ihnen angenommenen Stellvertreter und Gehilfen (EG. Art. 78)[1].

B. Ferner ist die Verpflichtung der Vorstände der öffentlichen juristischen Personen zur Anmeldung des Konkurses im Falle der Ueberschuldung wie bei Vereinen anerkannt, soweit bei ihnen der Konkurs zulässig ist (KO. § 213)[2].

II. Aus den einzelnen weiteren Bestimmungen, welche die öffentlichen juristischen Personen betreffen, ist hervorzuheben:

Dem Landesfiskus steht das Recht zu, aufgegebene Grundstücke sich anzueignen (928, Bd. II, § 17).

Der Landes- bez. der Reichsfiskus hat ein Erbrecht nach den Verwandten und dem Ehegatten, und dieses Erbrecht hat Besonderheiten (Bd. II, § 147, EG. Art. 138)[3].

Gegen Forderungen des Reichs- oder Landesfiskus, einer Gemeinde oder eines sonstigen Kommunalverbandes ist eine Aufrechnung nur zulässig, wenn auf die Forderung des Fiskus ꝛc. an dieselbe Kasse zu leisten ist, aus welcher der Fiskus auf die aufzurechnende Forderung zu leisten hätte (395). Eine Besonderheit gilt ferner bei Abtretung von Gehaltsansprüchen bez. der Anzeige der Abtretung an die auszahlende öffentliche Kasse (411)[4].

(s. Note 3) oder durch besondere Landesgesetze eine Haftung vorgeschrieben ist (Mecklenb.-Schwer. AG. z. BGB. § 49, Mecklenb.-Strel. AV. z. BGB. § 48 (Langfeld, S. 58 ff. 755), Anhalt. AG. z. BGB. Art. 32, oder der Staat haftet wie ein Bürge (Elsaß-Lothr. AG. z. BGB. §§ 39. 40, Sachsen-Weimar AG. z. BGB. § 91), oder der Staat haftet dem Dritten schlechthin (Bayer. AG. z. BGB. Art. 60. 61. Sachsen-Altenb. AG. z. BGB. § 28. Württemb. AG. z. BGB. Art. 202—204).

[1] Elsaß-Lothr. AG. z. BGB. §§ 37. 38.

[2] Mecklenb.-Schwer. AV. z. CPO. § 11, z. KO. § 2. Sachsen-Altenb. AG. z. BGB. § 3. Bad. AG. z. BGB. Art. 4, Abs. 5. Württemb. AG. z. BGB. Art. 139. Hess. AG. z. BGB. Art. 16.

[3] Mecklenb.-Schwer. AV. z. BGB. § 252.

[4] Vgl. ferner 987 ff. EG. Art. 91. 92. 100. 101. 103. 104. 114. 121. 129. 144. 145. Mecklenb.-Schwer. AV. z. BGB. §§ 26. 27. 29. Mecklenb. Strel. AV. z. BGB. §§ 25—29.

Digitized by Google

IV. Abſchnitt.

Die Lehre von den Sachen.

§ 37.

Der Gegenſtand der Rechte. Die Sache[1].

I. Der Ausdruck Gegenſtand der Rechte (Rechtsobjekt) wird in verſchiedenem Sinne gebraucht, einmal von dem Inhalte des Rechtes, dann von Dem, woran nach der juriſtiſchen Vorſtellung und Abſtraktion die ſubjektiven Rechte unmittelbar haften, worauf ſie ſich unmittelbar beziehen.

---

[1] Materialien: M. III. S. 25 ff. 40 ff. 61 ff. P. III. S. 1 ff. 17. 21 f. VI. S. 119. BRK. S. 33 f. Mat. z. EG., S. 178. Begründg. der Nov. z. CPO. S. 163.

Litteratur: 1888: Bekker, Beitr., H. 2, S. 9. 83, Note 5. Klöppel, Gruch. Beitr., Bd. 32, S. 650 f. 654. Kuntze, Betrachtungen, S. 22. 26 f. 1889: Planck, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 75, S. 385 f. v. Meibom, ebenda, S. 440. Fuchs, Weſen der Dinglichkeit, S. 61 ff. 79 ff. 84. Krech, Beitr., H. 14, S. 47 ff. 55 ff. 104. Coſack, Beitr., H. 13, S. 3 ff. Koch, Beitr., H. 4, S. 45. Gierke, Der Entw., S. 44 ff. 283 ff. Raſſow, Gruch. Beitr., Bd. 33, S. 132. 134 f. Jur. Tag 20, Bd. 3, S. 122 ff. 145 ff. Mittelſtein, Deutſches Schiffspfandrecht ꝛc., S. 44. Verhandlungen d. Pr. Landes-Oek.-Koll., S. 299 f. 711 ff. Goldſchmidt, Krit. Erörterungen, S. 102 f. 172 f. 1890: Metz, GA., S. 964. Der Entw. u. d. Rhein. Bauernverein, S. 7. 1891: Hölder, Pandekten I, §§ 30—35. 1892: Bähr, Gegenentw., S. 177 ff. Neumann, Gruch. Beitr., Bd. 34, S. 103. 1893: Regelsberger I, §§ 94—117. 1894: Bierling, Jur. Prinzipienlehre I, § 14. Grützmann, Sächſ. Arch., Bd. 4, S. 577 ff. 1895: Biermann, Jahrb. f. Dogm., Bd. 34, S. 169 ff. Gierke, D. Privat-Recht I, § 31. 1896: Meisner, Krit. Bemerkungen, S. 87 ff. Eck, Allgem. Theil, § 4. 1897: Bunſen I, §§ 12—14. Hellmann, Vorträge über d. BGB., §§ 10. 11. Scherer, Allgem. Theil d. BGB., S. 101 ff. 1898: Kuhlenbeck, Von den Pandekten I, S. 263 ff. Eck, §§ 23—26. Hachenburg, Das BGB., S. 118 ff. Goldmann-Lilienthal, S. 43 ff. Enneccerus-Lehmann I, §§ 45—53. Mandry-Geib, §§ 18. 19. Leske, §§ 16—18. Weyl I, §§ 36—42. Bekker, Ueber die natürl.

Digitized by Google

a. Als Rechtsgegenstände in diesem letzteren Sinne kommen in den Familienrechtsverhältnissen und in den Schuldverhältnissen in verschiedenem Grade und mit verschiedener Bedeutung die Menschen[1] selbst in Betracht.

b. Rechtsgegenstände in dem gleichen Sinne sind besonders die Sachen (II).

c. Die juristische Vorstellung muß aber als Rechtsgegenstände auch heranziehen die Individualgüter[2] (Namen, Marken, Firma) und Immaterialgüter (Produkte der wissenschaftlichen, künstlerischen, gewerblichen Thätigkeit).

d. Keine Berechtigung hat es, wenn als Rechtsobjekte bezeichnet werden:

1. Rechte, insofern, als Nießbrauch und Pfandrecht an Rechten anerkannt sind (1068 ff. 1273 ff.) und Rechte, die mit dem Eigenthum an einem Grundstück verbunden sind, als Bestandtheile des Grundstückes gelten (96).

2. Vermögen und Sondervermögen[3] (Nachlaß-, Gesellschaftsvermögen, Gesammtgut, Kindesgut), insofern, als sie als Ganze Gegenstand von Rechten sind (Erwerb des Nachlasses, Nachlaßanspruch, Nießbrauch, Pfandrecht).

Vermögen ist der Inbegriff der einer Person zustehenden geldwerthen Rechte[4] und Rechtspflichten (Aktiv-, Passiv-, Reinvermögen). Das Sondervermögen ist ein aus dem Gesammtvermögen einer Person deshalb ausgeschiedenes Vermögen, weil es einer besonderen rechtlichen Behandlung unterliegt, z. B. einer besonderen Herausgabepflicht. Wie weit die rechtliche Sonderstellung geht, ist im einzelnen Falle festzustellen.

In beiden Fällen (Z. 1 u. 2) fehlt es an der unmittelbaren

Beschaffenheit der Objekte unsrer dingl. Rechte (Sitzgsber. der Pr. Akad. d. Wiss.) Endemann II §§ 3—9. Dernburg, Das bürgerl. R. III §§ 1 bis 9. 1899: Endemann I, §§ 50—56. Cosack I, §§ 39—49. Krückmann, § 50. v. Buchka, § 3. Dernburg, Das bürgerliche Recht, II, §§ 13—17.

[1] A. M. Rehbein, S. 73.

[2] Kuhlenbeck (1898), S. 263, nimmt hier Rechte ohne Rechtsobjekt an; es handle sich lediglich um den Schutz der Persönlichkeit. Der Begriff des Rechtsobjektes ist aber abstrahirt aus der Regelung des objektiven Rechtes, die auch in dem vorliegenden Falle eine unmittelbare Beziehung des subjektiven Rechtes zu diesen Gütern ergiebt.

[3] A. M. Cosack, a. a. O., S. 141 ff.

[4] In einem verwerflichen Sprachgebrauche wird die Zuständigkeit des Rechtes selbst als Recht, als Eigenthum (z. B. Eigenthum an Forderungen, dominium ususfructus etc.) bezeichnet.

Digitized by Google

Beziehung des subjektiven Rechtes auf Dasjenige, was den Namen Rechtsobjekt tragen soll.

e. Bezeichnet man körperliche und unkörperliche Dinge gleicherweise als Rechtsobjekte (a. b. c.), so ist damit nicht gesagt, daß diese Eigenschaft in allen Fällen etwa die gleiche rechtliche Bedeutung hat. Insbesondere hat die Rechtsgegenstandseigenschaft der Personen (a.) ihre Besonderheiten.

II. Die Sache im Rechtssinne.

a. Sache im Rechtssinne ist jeder körperliche Gegenstand. Ob Körperlichkeit vorliegt, ist aus der Physik und aus der Auffassung des Verkehres zu beantworten. Wo Körperlichkeit vorliegt, da ist auch Sachqualität im Rechtssinne vorhanden. Der juristische Begriff der Sache fällt mit dem natürlichen zusammen. Das schließt nicht aus, daß die Sachqualität gewisser Dinge, z. B. Sonne, Mond, und Sterne, ohne rechtliche Bedeutung sein kann, weil sie als Gegenstände menschlicher Herrschaft nicht in Betracht kommen, oder weil der Verkehr die Sachqualität nicht würdigt (wie beim einzelnen Sandkorn, Wassertropfen). Andererseits ist für den Sachbegriff die Körperlichkeit ausreichend; der Werth insbesondere ist hierfür gleichgültig.

b. Unkörperliche Dinge sind nicht Sachen[1], also nicht:

1. Sachgesammtheiten (universitates rerum distantium), Sachinbegriffe. Sachen sind hier nur die einzelnen Stücke, die bald nur durch eine gemeinsame Bezeichnung, bald auch durch ihre wirthschaftliche Bestimmung zusammengehalten werden (Heerde, Waarenlager). Das Ganze ist hier niemals Rechtsobjekt[2], also auch nicht Gegenstand des Besitzes[3], des Eigenthumsanspruches. Ihre wirth-

[1] Daher auch nicht die Elektrizität. Hier ist die Frage im Anschluß an die Rechtsprechung des Reichsgerichtes, welches die Sachqualität verneint, lebhaft erörtert worden. Vgl. Dernburg, D. Jur.-Zeitg., Jahrg. 1 (1896), S. 473 f., Jahrg. 2 (1897), S. 76 ff. Endemann I, S. 226, Note 7. Scherer, a. a. O., zu § 90, Z. 2. Ostwald, D. Jur.-Zeitg., Jahrg. 2, S. 115 ff. Löbell, ebenda, S. 36 f. Hoppe, ebenda, S. 58. Stenglein, ebenda, S. 102 f. Freudenthal, Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissensch., Bd. 17 (1897), S. 488 ff. Dalcke, Arch. f. Strafrecht (Goltd.) Jahrg. 45. (1897). S. 401. Baron, D. Jur.-Zeitg., Jahrg. 3 (1898), S. 49 ff. Wittko, ebenda, S. 73 f. Derselbe, Arch. f. Strafr. (Goltd.) Jahrg. 46 (1898), S. 190 ff. Blaß, Das Rechtsgut der Elektrizität im Civil- und Strafrecht (1898). Derselbe, D. Jur.-Zeitg. Jahrg. 4 (1899), S. 36 f. Stenglein, ebenda, S. 246 ff. A. ten Hompel, S. A. aus Zeitschr. f. d. ges. Strafr.-Wiss. (1899).

[2] A. M. Cosack, a. a. O., S. 129, Note 27.

[3] Strohal, Sachbesitz (Jahrb. f. Dogm., Bd. 38), S. 31.

Digitized by Google

schaftliche Zusammenfassung zur Einheit bewirkt aber, daß die an den einzelnen Stücken bestehenden Rechtsverhältnisse, z. B. der Nießbrauch (1035), einen besonderen Inhalt annehmen[1]. Wo aber der Verkehr das einzelne Stück überhaupt nicht würdigt, sondern erst eine gewisse Menge solcher Stücke, da behandelt das Recht diese Menge als eine Sache (Mengesachen). Es geschieht das in 961—964 hinsichtlich des Bienenschwarmes. Auch andere derartige Sachen sind als eine Sache zu behandeln.

2. Das Vermögen (universitas juris).

c. Wie bei den Mengesachen trotz körperlicher Selbständigkeit der einzelnen Stücke für die rechtliche Behandlung nur eine Sache anzunehmen ist, so werden umgekehrt bei den Grundstücken lediglich durch Grenzziehung selbständige körperliche Sachen trotz ihrer körperlichen Unselbständigkeit hergestellt.

d. Sache und Sachbestandtheil. Die Frage, ob eines oder mehrere Rechtsobjekte anzunehmen sind, wird ferner noch wichtig in dem Verhältniß des Ganzen zu den Bestandtheilen.

Bestandtheil einer einfachen oder zusammengesetzten, beweglichen oder unbeweglichen Sache ist jedes Stück derselben, welches in der Verbindung ihre körperliche Gesammterscheinung mitausmacht.

1. Besonderes gilt hier bei Grundstücken. Ein Grundstück kann dadurch zum Bestandtheil eines anderen gemacht werden, daß der Eigenthümer es diesem anderen im Grundbuch zuschreiben läßt (890, Abs. 2).

Obwohl gewisse Sachen an sich als Bestandtheile von Grundstücken erscheinen, entzieht ihnen positive Bestimmung die Bestandtheilseigenschaft.

Das gilt:

α. von Sachen, die nur zu einem vorübergehenden Zwecke, sei es auch vom Eigenthümer selbst, mit dem Grund und Boden verbunden oder in ein Gebäude eingefügt sind (Buden, Ehrenpforten, eiserne Oefen, Gerüste ꝛc.). So wird es in der Regel liegen, wenn bloß obligatorisch Berechtigte die Verbindung vornehmen[2].

β. Ebenso liegt es bei Gebäuden oder sonstigen Werken (Triebwerken, Röhrenanlagen, Telegraphen- und Telephonleitungen), die mit einem fremden Grundstücke von dem dinglich (nicht bloß obligatorisch) Berechtigten (Erbbauberechtigten, Grunddienstbarkeitsberechtigten) zu

[1] Vgl. 92. 1048. 588. 589.

[2] Vgl. Rehbein, S. 84, gegen Planck, zu 95, Z. 4.

Digitized by Google

dauerndem Zwecke fest verbunden sind. Hat dagegen der Eigenthümer die Verbindung vorgenommen, oder besteht das Gebäude oder Werk schon bei Begründung des dinglichen Rechtes, so ist die Bestandtheilseigenschaft begründet [1].

γ. Andererseits gilt ein Recht, das mit dem Eigenthum an einem Grundstück verbunden ist (Grunddienstbarkeiten, dingliches Vorkaufsrecht, Reallast), als Bestandtheil des Grundstückes (96).

2. Wesentliche und unwesentliche Bestandtheile. Wo keine Bestandtheile gegeben sind, liegen selbständige Sachen vor. Daher ist die Möglichkeit besonderen Besitzes und besonderer Rechtsverhältnisse gegeben. Für die Frage aber, ob am Bestandtheile selbständiges Recht fortbestehen oder begründet werden kann, ist zwischen wesentlichen und unwesentlichen Bestandtheilen zu unterscheiden.

Wesentliche Bestandtheile einer Sache sind:

α. Solche, die von einander nicht getrennt werden können, ohne daß der eine oder der andere zerstört oder in seinem Wesen verändert wird (93). Immer kommt es auf Zerstörung oder Wesensveränderung des einen oder anderen Bestandtheiles an und auf die Würdigung im einzelnen Falle. Gleichgültig bleibt, ob nach der Trennung das Wesen des in der Verbindung vorliegenden Ganzen sich ändern würde [2].

β. Kraft positiver Bestimmung (94) sind wesentliche Bestandtheile eines Grundstückes die mit dem Grund und Boden fest verbundenen Sachen, insbesondere Gebäude, stehende und hängende Früchte, Samen und Pflanzen nach der Aussaat bez. dem Einpflanzen, und wesentliche Bestandtheile eines Gebäudes: die zur Herstellung eingefügten Sachen [3]. Das Einfügen deutet nicht eine innigere feste Verbindung an, eine solche fehlt bei zweifellosen Bestandtheilen, wie Dachziegeln, sondern, daß die betreffenden Sachen zur Herstellung des Gebäudes nach den herrschenden wirthschaftlichen Auffassungen dienten [4].

---

[1] Vgl. Strohal, Sachbesitz, S. 33 ff.

[2] Vgl. Hellmann, a. a. O., S. 36 ff., Hölder, Komment. S. 210 ff. A. M. Eck (1898), § 24. Krückmann, a. a. O., S. 215 ff. Strohal, Sachbesitz, S. 37 ff. Neumann, zu 93.

[3] Ausnahmen: Erbbaurecht (1012 ff.), Ueberbau (912); nicht aber ist in Verfolgung dieser Analogieen ein Stockwerkseigenthum anerkannt. Vgl. EG. 182.

[4] Oefen können wesentliche Bestandtheile sein.

Digitized by Google

Alle übrigen Bestandtheile sind unwesentliche, z. B. Licht im Leuchter, Cylinder bei der Lampe, Marmorplatte auf dem Waschtisch.

Während nun alle Rechtssätze für die Bestandtheile überhaupt[1], auch für die wesentlichen, gelten, besteht für diese letzteren die Besonderheit, daß an ihnen besondere Rechte ausgeschlossen sind. Das Eigenthum oder Recht an fremder Sache, das am Ganzen besteht, erstreckt sich nothwendig auf die wesentlichen Bestandtheile (953. 954. 1120. 1212)[2]. Umgekehrt sind an unwesentlichen Bestandtheilen besondere Rechtsverhältnisse möglich.

§ 38.

Die Rechts- und Verkehrsfähigkeit der Sachen[3].

An rechtsunfähigen Sachen kann Privatrecht nicht bestehen, sie sind deshalb auch nothwendig verkehrsunfähig. Verkehrsunfähige Sachen sind zwar Objekte privaten Rechtes, es ist aber die Verfügung des Berechtigten ausgeschlossen oder beschränkt.

A. Rechtsunfähig sind die Sachen, die der körperlichen Sonderexistenz entbehren, wie das Ganze der Luft, des fließenden Wassers und des Meeres. Mit der Herstellung körperlicher Sonderexistenz (Wasser oder Luft in Behältern) beginnt auch die Rechtsfähigkeit[4]. Rechtsunfähig ist auch der Körper des lebenden Menschen, weil er integrirender Bestandtheil der menschlichen Person ist. Abgetrennte Theile des Körpers (Glieder, Haare, Zähne) sind dagegen rechtsfähig, ebenso auch der Leichnam.

Da das BGB. positive Rechtsvorschriften nicht kennt, die den Sachen die Rechtsfähigkeit entziehen, so sind alle übrigen Sachen rechtsfähig. Andererseits berührt das BGB. die bisherigen Reichsgesetze nicht, welche die Rechts- oder Verkehrsfähigkeit gewisser Sachen beschränken (verbotene Sachen), und auch nicht die Vorschriften der

---

[1] Trotzdem bleibt nach EG. Art. 32 das Pfändungspfandrecht an stehenden Früchten nach CPO. § 810 erhalten. Ueber dieses Fuchs Zeitschr. f. d. Civ.-Proz., Bd. 24 (1898), S. 188 ff. Auch gesonderter Besitz ist an wesentlichen Bestandtheilen möglich (865), soweit eine besondere Innehabung möglich ist, also an Stockwerken, nicht aber an den Steinen eines Gebäudes, ferner an Wäldern auf dem Stamm. Strohal, Sachbesitz, S. 31 ff. Josef, Arch. f. bürg. R., Bd. 15 (1898), S. 267 f.

[2] z. B. 90. 892. 953. 1037. 1038. 1048. 1046. 1120. 2123.

[3] Materialien und Litteratur s. Bd. I § 37, Note 1.

[4] Das Rechtsverhältniß an der aqua profluens bestimmt sich nach EG. Art. 65 nach dem Landesrecht.

Digitized by Google

Landesgesetze bez. des gemeinen Rechtes, welche die Rechts- und Verkehrsfähigkeit gewisser Sachen berühren, weil die Rechtsvorschriften dem öffentlichen Rechte angehören[1]. So wird sich also die Rechtslage des Meeresufers, der geheiligten Sachen, der öffentlichen Flüsse, der öffentlichen Sachen nach dem Partikularrechte bestimmen[2]. Findet nach dem Partikularrechte an den öffentlichen Sachen ein Gemeingebrauch im Sinne eines subjektiven Privatrechtes statt, oder bestehen Sonderrechte, so handelt es sich nun um die Frage, ob diese Rechte nach dem BGB. aufgehoben sind[3], oder ob sie nach der Analogie der im BGB. geregelten dinglichen Rechte (Dienstbarkeiten) zu beurtheilen sind, oder schließlich, ob sie als dem öffentlichen Rechte entstammende besondere Privatrechte nach dem bisherigen Rechte zu beurtheilen sind. Diese letztere Behandlung verdient den Vorzug.

B. Durch Vertrag kann eine Sache vom Rechtsverkehr nicht ausgeschlossen werden (137).

§ 39.

Rechtlich bedeutsame Unterschiede der Sachen. 1. Bewegliche und unbewegliche Sachen[4].

Das BGB. kennt nur Grundstücke und bewegliche Sachen. Der natürliche Unterschied der unbeweglichen und beweglichen Sachen ist damit nicht aufgehoben. Wohl aber sind gewisse unbewegliche Sachen, weil sie nicht Grundstücke sind, dem Rechte der beweglichen Sachen unterstellt.

A. Unbewegliche Sachen sind besonders die Grundstücke. Ueber die Grundstückseinheit entscheidet das Grundbuch (890). Die rechtliche Besonderheit der Grundstücke tritt besonders im Sachenrecht, aber auch im Obligationen-, Familien- und Erbrecht hervor. Bedeutsam ist auch der Unterschied von landwirthschaftlichen Grundstücken und Landgütern (Bd. I, § 119. Bd. II, §§ 44. 46)[5] und ein gewisser wirthschaftlicher Zweck, dem sie dienen; z. B. werden hervorgehoben: Wälder, Bergwerke und andere Grundstücke mit Anlagen

---

[1] EG. 109. 133, vgl. Strohal, Der Sachbesitz, Jahrb. f. Dogmat., Bd. 38, S. 30 f. Thiele, Das Wesen des Gemeingebrauches an den res privatae (Diss. 1898).

[2] Hess. AG. z. BGB. Art. 17.

[3] So Krückmann, a. a. O., S. 212 ff.

[4] Materialien und Litteratur s. Bd. I, § 37, Note 1.

[5] Mecklenb.-Schwer. AV. z. BGB. § 7.

Digitized by Google

zur Gewinnung von Bodenbestandtheilen[1]. Der gleichen oder ähnlicher rechtlicher Behandlung wie Grundstücke unterliegen[2]:

a. das Erbbaurecht (1017),

b. zum Schiffsregister eingetragene Schiffe (435, Abs. 2. 1259 ff.).

B. Bewegliche sind alle Sachen, bei denen die Möglichkeit einer Lageveränderung oder Wesensveränderung gegeben ist[3]. Die rechtliche Behandlung der beweglichen Sachen theilen aber auch Sachen, die unbeweglich sind[4].

C. Unbewegliches und bewegliches Vermögen werden in Reichsgesetzen (z. B. CPO. §§ 803. 804), Landesgesetzen und in rechtsgeschäftlichen Verfügungen unterschieden. Die Auslegung hat in den einzelnen Fällen die Grenze zu ziehen. Wo das BGB. den Unterschied berührt (1549. 1551), da zählt es die zum unbeweglichen Vermögen gehörigen Gegenstände selbst auf.

§ 40.

2. Vertretbarkeit und Verbrauchbarkeit[5].

I. Vertretbare Sachen sind (91) diejenigen beweglichen Sachen, die im Verkehr nach Zahl, Maß oder Gewicht bestimmt zu werden pflegen. Die Eigenschaft der Vertretbarkeit erhält eine Sache demnach durch den Verkehr. Die zu befragende Verkehrsübung erklärt sich daraus, daß bei diesen Sachen die individuellen Eigenschaften zurücktreten, gewisse Gattungsmerkmale hervortreten, und daß diese letzteren den einzelnen Vertretern der Gattung in weitgehender Uebereinstimmung eigen sind. Die wichtigste Vertreterin dieser Sachen ist das Geld (Bd. I, § 44). Die rechtliche Bedeutung liegt auf dem Gebiet des Prozeßrechtes (CPO. §§ 592. 688. 884) und auf dem des Privatrechtes, insofern, als gewisse Schuldverhältnisse vertretbare Sachen als Gegenstand voraussetzen oder Modifikationen erleiden, wenn vertretbare Sachen in Frage stehen (607. 700. 783. — 473. 706).

Die Parteien können zwar sehr wohl im Rechtsgeschäft auf die individuellen Eigenschaften einer vertretbaren Sache wie auf bestimmte

[1] Im Landesrecht spielen noch eine Rolle die wirthschaftlichen Landgüter. S. Mecklenb. (-Schwer., -Strel.) AV. z. BGB. § 7.

[2] Vgl. ZVG. §§ 162 ff. Die Gleichstellung tritt auch in Reichsspezialgesetzen oder Landesgesetzen auf den vorbehaltenen Gebieten hervor.

[3] Die res se moventes (Thiere) sind bewegliche Sachen. Ihre Besonderheit bedingt 960, Abs. 3.

[4] Vgl. Gierke, Die Bedeutung des Fahrnißbesitzes (1897), S. 37.

[5] Materialien und Litteratur s. Bd. I, § 37, Note 1.

Digitized by Google

Gattungsmerkmale einer nicht vertretbaren Sache rücksichtigen (Spezies-, Gattungsschuld). Damit ist aber die Eigenschaft der Vertretbarkeit weder entzogen noch verliehen.

II. Verbrauchbar sind (92) diejenigen beweglichen Sachen,

a. die durch den bestimmungsmäßigen Gebrauch verbraucht werden, z. B. Lebensmittel. Verbrauch ist Vernichtung der bisherigen körperlichen Erscheinung;

b. deren bestimmungsmäßiger Gebrauch in der Veräußerung, d. h. in dem Aufgeben des Rechtes an ihnen, besteht. Dem Rechte nach verbrauchbar ist das Geld, und was sonst Geldfunktion im Verkehr übernimmt (Banknoten, 1084. 1392. 2116), ferner die in einen Inbegriff von Sachen zusammengefaßten einzelnen beweglichen Sachen, wenn, wie bei einem Waarenlager, der bestimmungsmäßige Gebrauch gerade in der Veräußerung der einzelnen beweglichen Sachen besteht. Beim Gelde ꝛc. ergiebt sich die Veräußerungsbestimmung aus der Verkehrsauffassung, beim Waarenlagerstück aus der subjektiven Entscheidung des Einzelnen, der also auch die Verbrauchbarkeit wieder aufheben kann.

Die Verbrauchbarkeit wird besonders in den Rechtsverhältnissen von Bedeutung, in denen die Nutzung einem Anderen als dem Eigenthümer zusteht (1067. 1075. 1084. 1086. 1089. 1376. 1377. 1392. 1411. 1540. 1653). Bei nicht verbrauchbaren Sachen tritt Herausgabepflicht in Natur, bei verbrauchbaren dagegen Ersatzpflicht ein[1].

III. Verbrauchbarkeit und Vertretbarkeit fallen nicht nothwendig zusammen (z. B. Stahlfedern, Nägel).

§ 41.

3. Theilbarkeit[2].

I. Unter Theilen sind juristisch häufig selbständige körperliche Sachen zu verstehen. So die nach 95 mit einem Grundstücke oder Gebäude verbundenen Sachen. Ebenso werden durch Grenzziehung bei Grundstücken, durch Aufhebung des körperlichen Zusammenhanges[3]) bei Mobilien selbständige Sachen hergestellt (partes pro diviso —

[1] Vgl. 706. 2825, Abs. 2.

[2] Materialien und Litteratur s. Bd. I, § 37, Note 1.

[3] Nicht auch durch Grenzziehung, arg. 923. 93, vgl. Radlkofer, Blätter f. RA., Jahrg. 63 (1898), S. 4. J. A. vgl. Regelsberger, Pandekten I § 101, und dagegen Eisele, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 84 (1895), S. 305 ff. v. Czyhlarz, Zeitschr. f. das Privat- u. öff. R., Bd. 21 (1894), S. 508 ff.

Digitized by Google

partes divisae), die nur mit Rücksicht auf die Vergangenheit Theile heißen.

Andererseits ist der Theil im Sinne des ungetrennten Bestandtheiles dennoch selbständiges Rechtsobjekt (Bd. I, § 37).

II. Der Antheil (pars pro indiviso — intellektueller Theil) ist nicht durch gedachte Sachtheilung gewonnen, sondern bedeutet den Bruchtheil eines Rechtes im Falle einer Rechtsgemeinschaft.

III. Im natürlichen Sinne in Theile (I.) zu zerlegen ist jede Sache, nicht aber im juristischen Sinne. Die juristische Theilbarkeit wird wichtig bei Auflösung einer Rechtsgemeinschaft. Eine solche kann durch reale Theilung der Sache nur dann erfolgen, wenn die Sache juristisch theilbar ist. Die juristische Theilbarkeit setzt voraus (752)[1],

a. daß nach der realen Zerlegung das Theilstück das Wesen des Ganzen bewahrt, und daß

b. in dem Werth der Theilstücke zum mindesten der Werth des Ganzen erhalten bleibt.

Wo nach diesen Kriterien die juristische Theilbarkeit einer Sache an sich vorhanden ist, ist sie es keineswegs immer im konkreten Falle. Z. B. ein Stück Tuch ist an sich theilbar, kann aber untheilbar sein nach b, wenn die Anzahl der herzustellenden Theile sehr groß ist.

§ 42.

4. Haupt- und Nebensachen, Zubehör[2].

Das Verhältniß mehrerer Sachen zu einander als Haupt- und Nebensache ist im System in verschiedenen Richtungen von selbständiger Bedeutung (947. 948. — 470. — 543. — 634. 651) und dort behandelt.

Allgemeinere Bedeutung hat hier das Verhältniß, in welchem eine Sache Zubehör einer anderen ist (97. 98).

---

[1] Diese Definition bezieht sich auf alle „Gegenstände", umfaßt daher auch Rechte und Leistungen in Schuldverhältnissen.

[2] Materialien und Litteratur s. Bd. I, § 37, Note 1. 1889: Hachenburg, Jur. Tag. 20, Bd. 2, S. 122 ff. Kohler, ebenda, S. 145 ff. Planck, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 75, S. 398 f. Jur. Tag 20, Bd. 4, S. 139 ff. 423 ff. 1890: Wolff, GA., S. 621 f. 1891: Hermes, Jur. Tag 21, Bd. 1, S. 276 ff. Bunsen, Jur. Tag 21, Bd. 2, S. 34 ff. 1892: Jur. Tag 21, Bd. 3, S. 186 ff. 441 ff. 1896: Michaelis, Zeitschr. f. d. Civilproceß, Bd. 22, S. 85 ff. 1899: Franck, Ueber den Umfang und die rechtliche Bedeutung des Zubehörs (Diss.).

Digitized by Google

A. Voraussetzungen dieses Verhältnisses. Zubehör einer anderen, beweglichen oder unbeweglichen (Haupt-)Sache ist diejenige selbständige bewegliche Sache, die dem wirthschaftlichen Zweck der Hauptsache in konsumptiver oder produktiver Richtung zu dienen bestimmt ist und zu ihr in einem dieser Bestimmung entsprechenden räumlichen Verhältniß steht, vorausgesetzt, daß nicht der Verkehr ihr die Eigenschaft als Zubehör abspricht, wie es z. B. bei Oefen vorkommt.

a. Zubehöreigenschaft können nach der positiven Vorschrift (Grundbuchsystem) nur bewegliche Sachen sein, die nicht Bestandtheil sind, d. h. die nicht die nach wirthschaftlichen und Verkehrsbegriffen vollständige körperliche Erscheinung einer anderen Sache mitausmachen [1].

b. Das Zubehör muß dem wirthschaftlichen Zwecke der Hauptsache zu dienen bestimmt sein. Den Bestimmungsakt kann nur der Eigenthümer oder der Besitzer der Hauptsache vornehmen. Eigenthum an dem Zubehör ist nicht gefordert. Da es sich um die Erhöhung des wirthschaftlichen Zweckes der Hauptsache durch ein dauerndes (Dienst-)Verhältniß handelt, so scheiden die Sachen aus, die nur vorübergehend für den wirthschaftlichen Zweck der anderen Sache benutzt werden. Ebenso stehen mehrere Sachen, die gleichmäßig einem wirthschaftlichen Zwecke dienen, wie Messer und Gabel, nicht im Unterordnungsverhältnisse. In gewissen Fällen ersetzt das Gesetz den Bestimmungsakt und die Prüfung des Unterordnungsverhältnisses (98): Unter Voraussetzung der sonstigen Erfordernisse sind Zubehör eines Gebäudes, das für einen gewerblichen Betrieb eingerichtet ist (Mühle, Schmiede, Brauhaus, Fabrik), die zum Betriebe bestimmten Maschinen und sonstigen Geräthschaften; eines Landgutes das zum Wirthschaftsbetriebe bestimmte Geräth und Vieh, die landwirthschaftlichen Erzeugnisse, soweit sie zur Fortführung der Wirthschaft bis zu der Zeit erforderlich sind, zu welcher gleiche oder ähnliche Erzeugnisse voraussichtlich wieder gewonnen werden, der vorhandene, auf dem Gute gewonnene Dünger.

c. Der Bestimmungsort muß sich in einem entsprechenden, sinnlich wahrnehmbaren und zwar räumlichen Verhältniß des Zubehöres zur Hauptsache offenbaren. Körperliche Verbindung der beiden Sachen ist nicht erforderlich. Vorübergehende Aufhebung des räumlichen Verhältnisses (Trennung) hebt die Zubehörqualität nicht auf.

---

[1] Oefen können also auch, wenn sie nicht Bestandtheile sind, Zubehör sein (vgl. Bd. I, § 37).

Digitized by Google

d. Die Zubehöreigenschaft erlischt durch entgegengesetzten Bestimmungsakt in Verbindung mit der entsprechenden Aufhebung des räumlichen Verhältnisses wie durch dauernde Aufhebung des räumlichen Verhältnisses allein.

B. Die rechtliche Bedeutung des Zubehörs ist nach den Einzelvorschriften folgende:

a. Rechtsgeschäftliche Verpflichtungen zur Veräußerung oder Belastung einer Sache und die Veräußerung und Belastung selbst wie die rechtsgeschäftliche Aufhebung der Belastung ergreifen nach der Auslegungsregel von 314. 926. 1031. 1062. 1093. 1096. 2164 auch das Zubehör. Beim unwesentlichen Bestandtheil ist das selbstverständlich; bei diesem bedürfen die Ausnahmen einer besonderen Bestimmung.

b. Die Rechtslage der Hauptsache erstreckt sich auf das Zubehör kraft dispositiver Rechtsvorschrift (498. 1551)[1].

c. Die Vorschriften für Veräußerung und Belastung von Grundstücken gelten unter Umständen auch für das (bewegliche) Zubehör der betreffenden Grundstücke (926. 1031. 1093).

d. Die Hypothek-, Schiffspfandbestellung ergreift unter Umständen auch das Zubehör (1120. 1265, vgl. 1121. 1122. 1135).

e. Die Beschlagnahme des Grundstückes erfaßt auch das Zubehör (ZVG. §§ 20. 21. 55)[2].

§ 43.

Die Nutzungen (Früchte) und Lasten[3].

In zahlreichen Einzelvorschriften ist vom Gesetz über Nutzungen und Früchte Bestimmung getroffen. Der vom Gesetz mit diesen Bezeichnungen verbundene Begriff und die allgemeinen Rechtssätze sind hier zu erörtern.

I. Der allgemeinere Begriff der Nutzungen (100) umfaßt außer den Früchten (II.) auch die Vortheile, welche der Gebrauch einer Sache oder eines Rechtes gewährt. Zu den Nutzungen gehören daher nicht die dem Eigenthümer zufallende Schatzhälfte (984. 1040) und auch nicht[4] die noch 910 gewonnenen Zweige und Wurzeln.

---

[1] Vgl. auch 1932: Haushaltsgegenstände, die Zubehör eines Grundstückes sind, gehören nicht zum Voraus.

[2] Innerhalb der Vorbehalte kommen die Landesgesetze in Betracht. Vgl. Mecklenb.-Schwer. AV. z. BGB. § 31. Mecklenb.-Strel. AV. z. BGB. § 30.

[3] Materialien und Litteratur s. Bd. I, § 37, Note 1; Bd. II, § 24. Note 3.

[4] Rehbein, S. 91. A. M. Planck, Komm. zu 100. 3. 1.

Digitized by Google

II. Die Früchte (99).

Zu unterscheiden sind die Früchte einer Sache und eines Rechtes, in beiden Fällen natürliche Früchte und juristische.

A. Die natürlichen Früchte einer Sache umfassen

1. die Erzeugnisse derselben und

2. die sonstige Ausbeute, die aus der Sache ihrer Bestimmung gemäß gewonnen wird. Der Begriff der natürlichen Frucht setzt also nach beiden Richtungen den, wenn auch veränderten Fortbestand der Substanz voraus. Substanztheile, deren fortgesetzte Entnahme die restlose Vernichtung der Substanz herbeiführt, sind nicht als sonstige Ausbeute nach 99 zu betrachten.

3. Früchte eines Grundstückes sind auch die auf dasselbe übergefallenen Früchte (911).

Ist die Muttersache im Falle 2 zur Gewährung der Ausbeute bestimmt, so kommt es für den Fruchtbegriff nicht darauf an, ob die Ausbeute eine regelmäßige oder wirthschaftlich richtige ist. Diese Gesichtspunkte können aber in anderer Richtung von Bedeutung werden (vgl. 581. 993. 1039. 2133).

B. Die (natürlichen) Früchte eines Rechtes sind die Erträge, welche das Recht seiner Bestimmung, d. h. seinem Inhalte gemäß gewährt. Es stehen hier Rechte in Frage, die dem Berechtigten Anspruch auf Einzelleistungen (Erträge) geben, die den etwa vorhandenen Hauptanspruch nicht absorbiren; also bei verzinslichen Forderungen sind Früchte die Zinsen, nicht aber die Theilleistungen. Geht das Mutterrecht auf Gewinnung von Erzeugnissen oder Bodenbestandtheilen, so sind Früchte des Rechtes diese Erzeugnisse und Bestandtheile.

C. Die juristischen Früchte einer Sache oder eines Rechtes sind die Erträge, die eine Sache oder ein Recht vermöge eines durch Rechtsgeschäft oder sonst begründeten Rechtsverhältnisses gewährt, das sich auf die Sache oder das Recht bezieht, z. B. Mieth- und Pachtzinsen bei Vermiethung und Verpachtung der Sache oder des Rechtes.

III. Die rechtliche Bedeutung der Nutzungen und Früchte zeigt sich besonders bei Feststellung des Inhaltes der Nutzungs- und anderen Rechte (581. 585. 743. 955), sowie des Umfanges der Herausgabe- bez. Ersatzpflicht (987 ff. 2020).

A. Wer Früchte herauszugeben hat (z. B. 987 ff.), kann Ersatz der Gewinnungskosten verlangen, soweit sie einer ordnungsmäßigen Wirthschaft entsprechen und den Werth der Früchte nicht übersteigen

Digitized by Google

(102). Bei rechtsgeschäftlicher Verpflichtung entscheidet allerdings in erster Linie die Abmachung, bei gesetzlicher der Inhalt der besonderen gesetzlichen Bestimmung (z. B. 592. 1421).

B. Bei Wechsel in der Person des dinglich oder obligatorisch Fruchtziehungsberechtigten kommt es darauf an, die Früchte zwischen dem bisherigen und neuen Fruchtziehungsberechtigten, z. B. zwischen Eigenthümer und Nießbraucher oder gutgläubigem Besitzer, Verkäufer und Käufer, Verpächter und Pächter, zu vertheilen[1]. Nach dem deutschrechtlichen Produktionsprinzip (ALR. und BGB.) gebühren die Früchte Dem, der die Bestellung besorgt hat; nach dem Erwerbsprinzip erhält der abtretende Fruchtziehungsberechtigte nur, was er bereits nach Trennung erworben (römisches Recht), nach dem Substantialprinzip Das, was während der Dauer seines Rechtes getrennt ist. Jetzt ist zu unterscheiden:

a. Die natürlichen Früchte einer Sache (II. A.), auch wenn sie für ihn Rechtsfrüchte sind, gebühren Dem schlechthin, dem zur Zeit der Trennung das Recht zusteht (Substantialprinzip)[2].

b. Juristische Früchte gebühren:

α. in der Regel Demjenigen, der zur Zeit der Fälligkeit berechtigt ist (z. B. Entschädigung bei Enteigung, laudemium bei der Erbpacht, EG. Art. 63);

β. sind aber die juristischen Früchte Vergütung für den überlassenen Gebrauch oder Fruchtgenuß, Zinsen oder Gewinnantheile, oder stellen sie sich als regelmäßig wiederkehrende Erträge dar (z. B. Reallastleistungen), so findet eine Vertheilung nach der Dauer des Rechtes statt. In diesem thatsächlich häufigsten Fall gilt also das Produktionsprinzip.

c. Hat der Fruchtziehungsberechtigte die ihm gebührenden Früchte nach den Grundsätzen über den Fruchterwerb nicht auch erworben, sondern sein Gegner, so hat der Fruchtziehungsberechtigte den obligatorischen Anspruch gegen den Gegner auf Herausgabe. Das kann sowohl bei natürlichen wie bei juristischen Früchten eintreten[3].

IV. Der Unterschied der noch nicht getrennten Früchte (fructus stantes, pendentes) von den getrennten (f. separati) und in Besitz genommenen (f. percepti) hat Bedeutung für den Erwerb (953 ff. 956 vgl. Bd. I, § 37). Der Begriff der versäumten Früchte (f. perci-

[1] Vgl. 993.

[2] Milderungen des Prinzips: 592. 998. 1055. 1421.

[3] Vgl. Planck, Komm. zu 101, Z. 1, am Ende. Hellmann, Vorträge, S. 47 f.

Digitized by Google

piendi) ist wichtig bei der Herausgabepflicht (987. 990. 1017). Der Gegensatz von fructus industriales und mere naturales spielt eine Rolle nach III. A. und B.

V. Die unter III. B. erörterte Frage kehrt in ähnlicher Weise wieder bei den Lasten. Es muß eine Zuweisung resp. eine Vertheilung der Lasten stattfinden, wenn ein zur Tragung derselben Verpflichteter einen anderen Verpflichteten ablöst. Nach dem dispositiven 103 trägt die regelmäßig wiederkehrenden Lasten (Hypothekenzinsen, Grundschuldzinsen, Renten, Feuerversicherungsbeiträge) jeder Verpflichtete gemäß der Dauer seiner Verpflichtung, bei anderen Lasten (Einquartierungslast, Kriegsleistungen) entscheidet die Fälligkeit. Ausnahmen: 995. 1045. 1047. 1385. 2379, in denen der Begriff außerordentlicher öffentlicher Lasten (z. B. außerordentlicher Grundsteuern), die auf den Stammwerth der Sache gelegt sind, von Bedeutung wird.

§ 44.

Das Geld[1].

I. Geld ist diejenige Sache, welche die Funktion des Werthmessers für alle anderen Güter ausübt. Der Werth anderer Güter kann in Geld bestimmt werden. Damit ist das Geld geeignet, die Funktion als allgemeines Tausch- und Zahlungsmittel zu übernehmen, — es dient als allgemeines Werthaufbewahrungsmittel.

II. Keine Sache ist von Natur Geld, sondern kraft der Gewöhnung und Bestimmung des Verkehres oder kraft Rechtssatzes.

A. Dasjenige Geld, das der Staat als solches bindend erklärt, ist die Währung, Geld im engeren Sinne; das Gesetz besagt, daß mangels anderer Parteifestsetzung dieses als Zahlungsmittel in Betracht kommt, d. h. vom Gläubiger bei Vermeidung der Verzugsfolgen angenommen, vom Schuldner geleistet werden muß. Der Staat kann dem Gelde andererseits den Währungscharakter (Außerkurssetzung) oder auch den Geldcharakter (Umlaufsverbote) entziehen.

Neben der Währung behandelt der Verkehr auch andere Sachen als Geld, Verkehrsgeld (usuelles, unvollkommenes, freies, uneigentliches Geld). Hier besteht keine gesetzliche Annahme- und Leistungs-

[1] Materialien und Litteratur s. Bd. I, § 37, Note 1.

Digitized by Google

pflicht. Hingabe zum Zwecke der Erfüllung ist aber Zahlung, nicht datio in solutum.

B. Währungsgeld und Verkehrsgeld sind vorzugsweise Metallgeld, aber auch Papiergeld kann Währungsgeld (Papierwährung) oder Verkehrsgeld (heutige Reichskassenscheine, Banknoten) sein. Als Münzmetalle werden Gold und Silber, besonders wegen ihres hohen Werthes und ihrer Werthbeständigkeit, bevorzugt.

1. Das Metallgeld des allgemeinen Verkehres ist gemünztes Geld. Der Barren scheidet deshalb aus, — er hat als Geld nur beschränkte Bedeutung.

a. Die Herstellung der Münzen erfolgt nach dem Münzfuß. Dieser beruht auf Rechtsvorschrift; das Münzrecht giebt Auskunft darüber, wieviel Stücke jeder bestimmten Münzsorte aus einer bestimmten Quantität bestimmten Metalles (Stückelung — Münzgrundgewicht) und unter welchem Zusatze unedlen Metalles (Beschickung, Legirung) auszuprägen sind. Der Münzfuß wird nach der Währungsgrundmünze (Münzeinheit), die nicht auch ausgeprägt sein muß (Rechnungseinheit), benannt. Je nachdem das Münzrecht eines der beiden Edelmetalle oder beide als Währungsmetall vorschreibt, haben wir einfache (Silber- oder Goldwährung) oder gemischte, Doppelwährung.

b. Von privatrechtlicher Bedeutung ist der Werth der Münzen. Sie haben als Quantitäten Metalles den Werth dieser Quantität (Metallwerth). Der Werth der edlen Rohmetalle schwankt, so auch der Metallwerth der Münzen. Sobald der Verkehr diese Schwankung bei den Münzen berücksichtigt, bildet sich der Verkehrs- oder Kurswerth der Münzen. Die Münze hat aber auch formalen Werth (Nennwerth), d. i. der der Münze aufgeprägte Werth. Hier unterscheiden sich nach heutigem Münzrecht Kurantmünzen (grobe Münzen) von der Scheidemünze, welche letztere nur die Mittel für den kleinen Zahlungsverkehr bieten soll. Bei den Kurantmünzen entspricht der Münzstempel dem Feingehalt, bei den Scheidemünzen nicht. Der Nennwerth der Kurantmünzen kann durch spätere Anordnung herabgesetzt werden (Devalvation).

c. Die Währungseigenschaft der Münzen hängt davon ab, daß sie fehlerlos (Feingehalt) geprägt sind. Das heutige Münzrecht bestimmt hier eine Fehlergrenze (remedium), die nicht überschritten werden darf. Die Währungseigenschaft geht auch verloren, wenn die Münzen absichtlich beschädigt oder über eine bestimmte Grenze hinaus (Passirgewicht) durch den Verkehr abgenützt sind.

Digitized by Google

2. Das Papiergeld. Das Wesen des Papiergeldes beruht darin, daß es die Funktion als Geld (Verwendung zu Zahlungen im eig. Sinne) übernimmt, obwohl es jeden inneren Werthes entbehrt und nur auf Metallgeld lautet. Entweder weist der Verkehr gewissen Papieren die entscheidende Funktion zu (usuelles Geld) oder das Gesetz, welches für den privaten Verkehr die Annahmeverpflichtung vorschreibt, die dann nur Annahmeverpflichtung zum Nennwerth (Zwangskurs zum Nennwerth) sein kann. In solchem Falle steht dann Papierwährung in Geltung.

Keine Geldqualität besitzen Wechsel, Anweisungen, Checks, Reichsschatzanweisungen (Geldpapiere), wohl aber Banknoten. Sie sind zunächst Anweisungen des Ausstellers auf sich selbst, durch die sich der Aussteller verpflichtet, sowohl das Papier in Zahlung zu nehmen als auch es jederzeit zum Nennwerthe in Metallgeld einzulösen. Sie stehen insofern sonstigen Anweisungen gleich und begründen ein Forderungsrecht. Ihre Hauptbestimmung liegt aber in der Geldfunktion für den allgemeinen Verkehr. Diese Funktion übernehmen auch die Kassenscheine. Sie enthalten das Versprechen des Ausstellers, das Papier in Zahlung zum Nennwerthe annehmen zu wollen. Mit diesem Versprechen kann sich das Einlösungsversprechen wie bei den Banknoten verbinden.

III. Das Geld im Deutschen Reich.

A. Das Metallgeld.

Die Kompetenz des Reiches auf dem Gebiet des Münzwesens beruht auf der Reichsverfassung, Art. 4, Z. 3. Ob dem Reiche nur Münzhoheit, den Einzelstaaten aber das Münzmonopol zusteht, ist eine staatsrechtliche Frage. Auf Grund der Reichsmünzgesetzgebung[1] besteht im Reiche die Goldwährung, und die in den einzelnen Bundesstaaten geltenden Währungen sind beseitigt.

1. Die Reichsmetallmünzen werden hergestellt aus Gold, Silber, Nickel, Kupfer. Das Münzgrundgewicht ist für Gold- und Silbermünzen das Pfund feinen Goldes oder Silbers, dem bei der Ausprägung eine bestimmte Quantität Kupfer beigefügt wird. Die Währungseinheit ist die Mark (Markwährung, Markfuß). Die Münzsorten sind: Goldmünzen (5, 10, 20 Mk.), Silbermünzen (1/5, 1/2, 1, 2, 5 Mk.), Nickelmünzen (5, 10, 20 Pf.) und Kupfermünzen

[1] Reichsmünzgesetz vom 9. Juli 1873 (dazu: Reichsges. vom 20. April 1874, 6. Januar 1876 und 1. April 1886) und Reichsgoldmünzengesetz v. 4. Dezbr. 1871.

Digitized by Google

(1, 2 Pf.). Kurantmünzen sind nur die Goldmünzen; alle übrigen sind Scheidemünzen.

2. Währungsmünzen sind unbeschränkt nur die Goldmünzen, nur beschränkt dagegen die Scheidemünzen. Die Silbermünzen müssen zwar von allen Reichs- und Landeskassen in jedem Betrage, von Privaten dagegen nur im Betrage bis zu 20 Mk. bei einer und derselben Zahlung angenommen werden[1]. Die Reichs-Nickel- und -Kupfermünzen müssen allgemein nur bis zum Betrage von 1 Mk. angenommen werden[2].

Keine Währung haben beschädigte (wenn auch vollwichtig gebliebene), auf andere Weise als durch den regelmäßigen Umlauf im Gewicht veringerte und verfälschte Münzen, ferner Goldmünzen, die aus irgend einem Grunde, abgesehen von gewaltsamer oder gesetzwidriger Beschädigung, das Passirgewicht nicht erreichen[3].

Die Annahme- und Umtauschpflicht der Reichs- und Landeskassen fällt in diesen Fällen fort; sie besteht aber noch bei Reichs-Silber-, Nickel- und Kupfermünzen, die in Folge längerer Zirkulation und Abnutzung an Gewicht oder Erkennbarkeit erheblich eingebüßt haben, und bei Reichsgoldmünzen, die in Folge längeren Umlaufes und Abnützung so viel eingebüßt haben, daß sie das Passirgewicht nicht mehr erreichen[4].

Münzen, die in Folge mangelhafter Prägung hinter dem reichsgesetzlichen Feingehalt oder dem Normalgewicht zurückbleiben und auch die zulässige Fehlergrenze[5] nicht wahren, sind nicht Währung[6],

---

[1] Gegen Umgehung schützt den Gläubiger 266 (Zurückweisung von Theilleistungen).

[2] Bei den Reichsscheidemünzen besteht aber die auch im Zivilrechtswege erzwingbare Pflicht von Reichs- und Landeskassen zum Umtausch in Kurantmünze. R M.z. Ges. Art. 9. 10.

[3] R Gold Mz. Ges. §§ 9. 4 (bei 10- und 20-Markstücken ist Abweichung von 5/1000 des Normalgewichtes gestattet). RMGes. Art. 2 (bei den 5-Markstücken ist Abweichung von 3/1000 gestattet).

[4] R Gold Mz. Ges. § 9, Abs. 3. R Mz. Ges. Art. 10.

[5] Bei den Reichsgoldmünzen soll die Abweichung vom gesetzl. Feingehalt nach oben oder unten nicht mehr als 2/1000 betragen, die Abweichung vom Normalgewicht nicht mehr als 2½/1000, bei 5-Markstücken nicht mehr als 4/1000; bei den Silbermünzen soll die Abweichung im Feingehalt nicht mehr als 3/1000, im Gewicht (ausgenommen die 20-Pfennigstücke) nicht mehr als 10/1000 betragen. RGoldMz.-Ges. § 8. R Mz. Ges. Art. 2. 3, § 1.

[6] Die Frage ist bestritten, vgl. Mandry-Geib., § 19, Regelsberger 1, S. 402.

Digitized by Google

bei Goldmünzen selbst vorausgesetzt, daß das Passirgewicht innegehalten ist.

3. Währung haben zur Zeit noch und unbeschränkt wie die Reichsgoldmünzen die 1-Thalerstücke deutscher Prägung und die bis zum Schluß des Jahres 1867 geprägten österreichischen Vereinsthaler und zwar zum Nennwerthe von 3 Mark bis zur Außerkurssetzung[1] bez. bis sie durch den Bundesrath in der Währung den Reichssilbermünzen gleichgestellt sind[2]. Insoweit besteht also einstweilen neben der Goldwährung auch noch Silberwährung.

4. Neben den Währungsmünzen können andere Münzen (ausländische) als Geld umlaufen, solange sie nicht vom Umlauf ausgeschlossen sind. Vor dem Verbot des Umlaufes sind sie allerdings nur usuelles Geld, nicht Währungsgeld. Die Annahme kann also ohne Folge des Verzuges abgelehnt werden. Freiwillige oder vereinbarte Annahme ist Zahlung, nicht datio in solutum. Die Annahme erfolgt hier im Zweifel zum Kurswerth.

B. Das Papiergeld.

1. Auf Grund der Reichsverfassung Art. 4, Z. 3 ist im Reiche die Emission von Papiergeld von Reichswegen geregelt[3]. Landesherrliches Papiergeld giebt es nicht mehr[4]).

2. Papiergeld sind daher ausschließlich:

a. die Reichskassenscheine,

b. die Banknoten der Reichsbank, die Noten der zur Notenausgabe berechtigten Banken und anderen Korporationen[5].

3. Währungsgeld ist dieses Papiergeld nicht, da eine Verpflichtung zur Annahme im privaten Verkehr schlechthin nicht besteht. Im Privatverkehr haben beide Papiere nur den Charakter usuellen Geldes, aber Reichs- und Landeskassen müssen die Reichskassenscheine in jedem Betrage zum vollen Nennwerth in Zahlung nehmen; die Banknoten müssen von der Bank, die sie ausgegeben hat, und ihren Zweiganstalten ebenso in Zahlung genommen werden. Die

---

[1] RMz.-Ges. Art. 15, Z. 1. RGes. vom 20. April 1874.

[2] RGes. vom 6. Jan. 1876.

[3] Reichskassenscheingesetz v. 30. April 1874 und RBankgesetz v. 14. März 1875.

[4] Zur Ausgabe von Papiergeld durch einen Bundesstaat ist in Zukunft Reichsgesetz erforderlich (Reichskassenscheingesetz vom 30. April 1874 § 8).

[5] RBankgesetz § 54. In Zukunft ist die Befugniß zur Notenausgabe von einem Reichsgesetz abhängig (RBankgesetz § 1).

Digitized by Google

Reichsbank und die anderen zur Notenausgabe berechtigten Banken müssen ferner Noten anderer berechtigter Banken in Zahlung nehmen[1].

Die Annahmepflicht zessirt bei unbrauchbar gewordenen und beschädigten Papieren der bezeichneten Art.

4. Die Reichshauptkasse muß Reichskassenscheine gegen Reichsmetallgeld einlösen zum vollen Nennwerthe. Ebenso müssen die Notenbanken ihre Noten einlösen.

5. Für unbrauchbar gewordene und beschädigte Papiere muß unter gewissen Voraussetzungen Ersatz geleistet werden. Die Ersatzpflicht zessirt bei vernichteten und verlorenen Banknoten[2]. Der Ersatz erfolgt durch Hingabe unbeschädigter Stücke.

6. Neben dem Reichspapiergelde kann ausländisches Papiergeld umlaufen (fremde Kassenscheine oder Banknoten und den letzteren verwandte Inhaberpapiere). Es behält Geldqualität (d. h. eigentliche Zahlung ist möglich), solange nicht ein Umlaufsverbot durch den Bundesrath ergeht[3]). Diejenigen ausländischen Banknoten, die ausschließlich oder neben anderen Werthbestimmungen auf Reichs- oder eine deutsche Landeswährung lauten, sind vom Umlauf ausgeschlossen[4].

[1] RBankgesetz §§ 4. 18. 19. 44, Z. 5. RMz.Ges. Art. 9, Abs. 2, RKassenscheingesetz § 5.

[2] RBankgesetz §§ 4. 18. 44. Z. 4, RKassenscheingesetz § 6.

[3] RMz.Ges. Art. 13.

[4] RBankgesetz § 57.

Digitized by Google

V. Abschnitt.

Die Lehre vom juristischen Thatbestande.

§ 45.

Der juristische Thatbestand im Allgemeinen[1].

I. Unter dem Einflusse der Rechtsordnung gestalten sich die Lebensverhältnisse zu Rechtsverhältnissen. Demgemäß wird nicht nur die Entstehung und Begründung der Rechtsverhältnisse durch die Rechtsordnung bestimmt, sondern auch ihr weiteres Schicksal, ihre Aenderung und Aufhebung. Sämmtliche Rechtsvorgänge (Rechtsfolgen, Rechtswirkungen) lassen sich unter diese drei Kategorieen: Entstehung, Aenderung und Aufhebung von Rechtsverhältnissen unterordnen. Da sich aber im Rechtsverhältnisse Gewährleistung (subjektives Recht) und Gebundenheit (Pflicht) einander entsprechen, so beziehen sich die Rechtsvorgänge auch auf diese. Wir sprechen daher auch von der Entstehung, Aenderung und Aufhebung der subjektiven Rechte und Rechtspflichten. Die Rechtsvorgänge knüpft das objektive Recht an bestimmte Thatsachen an. Diese Thatsachen sind die juristischen Thatsachen. Eine juristische Thatsache ist daher eine für einen Rechtsvorgang nach dem objektiven Recht erhebliche Thatsache. Im Allgemeinen sind die juristischen Thatsachen Ereignisse (z. B. Geburt und Tod des Menschen) oder Zustände (z. B. Dauer des Besitzes) positive oder negative Thatsachen (z. B. Zerstörung einer Sache, Unkenntniß, Nichtgeltendmachung von Ansprüchen), menschliche Handlungen oder Thatsachen anderer Natur.

[1] Litteratur: 1891: Hölder, Pandekten I, § 36. 1893: Regelsberger I, §§ 118—123. 1897: Hellmann, Vorträge über das BGB., §§ 12—14. 1898: Kuhlenbeck, Von den Pandekten ꝛc. S. 304 ff. 330 ff. Bierling, Jur. Prinzipienlehre II, § 20. 1899: Endemann I, §§ 57. 58. Cosack I, §§ 49. 50. Krückmann, §§ 160. 161.

Digitized by Google

A. In den einzelnen Rechtsverhältnissen sind verschiedene und ihm eigenthümliche juristische Thatsachen von Erheblichkeit, andere für seine Entstehung, andere für seine Aenderung und wieder andere für seine Aufhebung. Die Gesammtheit der für ein Rechtsverhältniß in Betracht kommenden juristischen Thatsachen nennen wir den *besonderen juristischen Thatbestand* dieses Rechtsverhältnisses und sprechen von dem besonderen Thatbestand der Entstehung, der Aenderung und Aufhebung dieses Rechtsverhältnisses. Um diesen besonderen Thatbestand handelt es sich in der Darstellung des Systemes des Privatrechtes.

B. Gewisse juristische Thatsachen kehren im Thatbestande der einzelnen Rechtsverhältnisse zwar unter stets wechselnder Kombination mit anderen juristischen Thatsachen, aber doch für sich mit prinzipiell gleicher Bedeutung wieder. Das gilt besonders von den menschlichen Handlungen, dem zeitlichen Verhältnisse der Thatsachen und dem Irrthum. Insofern werden sie als *allgemeiner Thatbestand* in den folgenden Paragraphen behandelt.

C. Vielfach ist der Rechtsvorgang an mehrere Thatsachen geknüpft, die sich erst successive verwirklichen können, so daß sich bis zur völligen Verwirklichung des Thatbestandes ein *Schwebe- oder Pendenzverhältniß* ergiebt, das für sich selbständige Wirkungen erzeugt (Vorwirkung). Die mit der Erfüllung aller Thatbestandsvoraussetzungen eintretende Zielwirkung kann dann wieder entweder mit dem Moment der *Thatbestandsvollendung* (Wirkung ex nunc) oder mit dem *Beginne der Thatbestandsvollendung* (Wirkung ex tunc, sog. Rückwirkung) eintreten (vgl. Bd. I, § 58).

D. Das Gesetz kann den Richter anweisen, ein erforderliches Thatbestandsmoment als *vorhanden* oder ein vorhandenes, den Eintritt des Rechtsvorganges hinderndes Thatbestandsmoment als *nicht vorhanden* anzunehmen. Das ist die *Fiktion des Thatbestandes* (z. B. 162. 1238 f.), die aber in Wirklichkeit nur einen veränderten Thatbestand enthält [1].

II. Der *Rechtserwerb*.

Die juristischen Thatsachen, die zur Entstehung eines Rechtes führen, bilden den Thatbestand seiner Entstehung (z. B. beim Eigenthumserwerbe durch Ersitzung: Eigenbesitz, Besitzdauer und gut-

[1] Vgl. *Isay*, Die Willenserklärung im Thatbestande des Rechtsgeschäfts (1899) S. 39.

Digitized by Google

gläubiger Erwerb). Nicht in allen Fällen, in denen ein subjektives Recht zur Entstehung gelangt, verbindet es sich mit einer Person, einem Subjekt. Ausnahmsweise entstehen die Rechte als subjektlose (vgl. Bd. II, S. 387, Note 4, auch Bd. I, § 27). Wo aber der Thatbestand der Entstehung zugleich über die Rechtszuständigkeit entscheidet, liegt *Rechtserwerb* vor. Der Erwerbsthatbestand wird auch Erwerbstitel (titulus, causa)[1] genannt. Wenn man innerhalb der Erwerbstitel *gesetzliche* und *Vertragstitel* unterscheidet, so hat das den Sinn, daß nur im letzteren Falle auch der Vertragswille der Parteien eine Rolle im Thatbestande spielt. Der Erwerb als endgültiger tritt in Gegensatz zur bloßen Erwerbsmöglichkeit und dem vorläufigen Erwerbe oder Anfall (333. 415, Abs. 2. 516, Abs. 2. 1942. 2108. 2142, Abs. 1. 2176. 2180. 1942). Von Bedeutung ist der Gegensatz zwischen *ursprünglichem* (originärem) und *abgeleitetem* (derivativem) *Rechtserwerbe*.

A. *Ursprünglicher Erwerb* liegt dann vor, wenn der Rechtserwerb sich vollzieht in Unabhängigkeit von dem bestehenden Rechte eines Andern, wie z. B. bei der Aneignung (Okkupation), Verarbeitung (Spezifikation) Die entscheidende Eigenthümlichkeit des originären Erwerbes tritt auch bei der Ersitzung des Eigenthumes hervor; denn das neu begründete Eigenthum gelangt zur Entstehung nicht auf Grund des bisher bestehenden. Wohl aber treten hier Erscheinungen hervor (z. B. Fortbestand der früher begründeten dinglichen Rechte, vgl. Bd. II, § 20), die der Ersitzung eine Zwischenstellung zwischen dem ursprünglichen und abgeleiteten Erwerbe anweisen.

B. *Abgeleiteter Erwerb* liegt vor, wenn sich der Erwerb des Rechtes des Erwerbers in Abhängigkeit vom bestehenden Rechte eines Andern (Rechtsurheber, Autor) vollzieht. Der abgeleitete Erwerb ist inhaltlich entweder

1. *Rechtsübergang* (translativer Erwerb), d. h. das Recht des Erwerbers ist nach Art und Inhalt das gleiche, wie das des Autors[2], und der Thatbestand, der das Recht beim Autor zur Ent-

[1] *Titel* (titulus) wird aber auch der Thatbestand genannt, der nur einen *Anspruch auf Begründung* des Rechtes giebt; hierauf beruht die Unterscheidung von titulus und modus acquirendi.

[2] Andere verwerfen die Vorstellung einer Nachfolge in das identische Recht und ersetzen sie durch die Vorstellung, daß an Stelle des untergegangenen Rechtes ein neues begründet wird, aber aus identischem Rechtsstoff, identischer Rechtssubstanz oder mit ganz gleichem Inhalte. So auch *Stammler*, Das Recht der Schuldverhältnisse (1897), S. 203. Dagegen *Regelsberger* I, § 120.

Digitized by Google

stehung brachte, es änderte oder aufhob, äußert seine Wirkung auch für den Erwerber; oder der abgeleitete Erwerb schließt in sich:

2. Neubegründung eines Rechtes, die das Recht des Autors bestehen läßt, sich aber gerade auf dieses Recht des Autors stützt (konstitutiver Erwerb) und das Grundrecht des Autors beschränkt (z. B. Bestellung beschränkter dinglicher Rechte durch den Eigenthümer).

3. Translativer und konstitutiver Erwerb stellen sich als verschiedene Arten der Rechtsnachfolge (Succession) in Rechte dar. Rechtsnachfolge kennt das Recht aber auch bei den Pflichten und in ein gesammtes Rechtsverhältniß. Alle Rechtsnachfolge kennzeichnet sich durch die Abhängigkeit der Rechtslage des Rechtsnachfolgers von der des Urhebers[1]. Die Rechtsnachfolge hat ihr Hauptanwendungsgebiet im Vermögensrecht und hier liegt auch die Hauptbedeutung des Unterschiedes von Einzel- und Gesammtrechtsnachfolge (Singular- und Universalsuccession). Der Gesammtrechtsnachfolge ist eigenthümlich, daß ein Vermögen (Aktiva und Passiva) in einem Akte auf ein anderes Subjekt übergeht, während die Einzelnachfolge in ein Vermögen nur so bewirkt werden kann, daß jeder einzelne Bestandtheil des Vermögens (Recht und Pflicht) in der für diesen vorgeschriebenen Rechtsform (Uebergabe, Abtretung, Schuldübernahme) auf den Erwerber übertragen wird. Die Gesammtrechtsnachfolge bildet die Ausnahme, sie findet nur noch bei der Erbfolge (Bd. II, § 138) Anwendung.

III. Der Rechtsverlust und die Rechtsaufhebung.

Der Rechtsverlust ist nicht identisch mit der Aufhebung oder Endigung des Rechtes überhaupt, wie die Fälle der Succession zeigen. Rechtsverlust ist Loslösung des Rechtes von dem bisherigen Subjekt. Vom Thatbestande des Rechtsverlustes oder der Rechtsaufhebung gilt das Gleiche wie vom Thatbestande überhaupt. Auf der Verschiedenheit des juristischen Thatbestandes beruht der Unterschied von Veräußerung und Verwirkung.

A. Veräußerung (alienatio) ist die auf Aufhebung oder Verlust des Rechtes gerichtete Handlung des Berechtigten, mag der

[1] Das BGB. erwähnt die Rechtsnachfolge mehrfach (221. 1100—1102. 1164. 1173. 1182), versteht aber darunter auch die Fälle, in denen Eigenthum auf Grund guten Glaubens vom Nichteigenthümer erworben wird; als Rechtsnachfolger wird also bezeichnet, wer durch Veräußerung seitens eines Anderen das Recht erworben hat.

Digitized by Google

gewollte Verlust oder die gewollte Aufhebung das Recht im Ganzen oder nur theilweise treffen. Auch die durch den Berechtigten herbeigeführte Beschränkung seines Rechtes ist Veräußerung (z. B. der Eigenthümer bestellt ein Pfandrecht oder einen Nießbrauch). In diesem Falle spricht das Gesetz von Belastung und hebt diese neben der Veräußerung besonders hervor (925 s. 577 ff 1111 ꝛc.), oder versteht sie unter der Veräußerung mit (135. 136). Als Veräußerung läßt sich nicht das bloße Zulassen eines Rechtsverlustes oder die Ablehnung eines angetragenen Erwerbes bezeichnen. Es ist aber sehr wohl möglich, daß die für die Veräußerung geltenden Rechtssätze auch auf diese Handlungen Anwendung finden müssen. Für den Begriff der Veräußerung ist das ökonomische Moment der Minderung des Vermögens gleichgültig; Zahlung von Schulden und Annahme einer Zahlung durch den Gläubiger sind Veräußerungen, nicht aber die Eingehung einer Verpflichtung, wenn auch durch sie der Grund zu einer Veräußerung gelegt sein kann. Dieser Umstand kann aber in anderer Richtung Bedeutung gewinnen (vgl. 310. 311. 313).

Mit Rücksicht auf die Wirkung der Veräußerung ist zu unterscheiden:

1. Veräußerung im engeren Sinne, die sich mit einer Rechtsübertragung verbindet und

2. der Verzicht (renuntiatio), welcher das Recht schlechthin aufhebt. Gegenstand des Verzichtes sind aber nicht nur endgültig oder vorläufig erworbene Rechte (658. 976, Abs. 1. 1056. 517 ꝛc.) sondern auch Erwerbsmöglichkeiten (Bd. II, § 139) und Rechtsbegünstigungen. Der juristische Charakter des Verzichtes ist nicht immer der gleiche. Bei der Darstellung des Systemes wird es sich zeigen, daß der Verzicht bald einseitiges Rechtsgeschäft, bald Vertrag ist (Bd. I, § 97; Bd. II, § 139). Besondere Grundsätze gelten für die Auslegung des Verzichtes nicht[1].

B. Die Rechtsverwirkung.

Hier tritt Rechtsverlust mit Rechtsübergang oder Rechtsaufhebung schlechthin ein, nicht in Folge einer darauf gerichteten Handlung des Berechtigten, sondern ohne Rücksicht auf seinen Willen, besonders in Folge eines Verhaltens, welches das Recht zurückdrängen will (vgl. Bd. II, § 28).

IV. Die Rechtsänderung.

Ohne daß ein Rechtsverhältniß in seiner Existenz in Frage ge-

[1] Von „Verzicht" in untechnischem Sinne spricht das Gesetz in 151.

Digitized by Google

stellt wird, können die Elemente (Subjekt, Inhalt) eine Aenderung erfahren. Hält man an dem Gedanken der Rechtsnachfolge fest (II.), so enthält sie den Fall der Aenderung des Subjektes; Fortbestand des Rechtsverhältnisses ergiebt sich aber auch, obwohl der Gegenstand quantitativ (z. B. theilweise Befriedigung des Gläubigers) oder qualitativ (z. B. Ersatzanspruch des Gläubigers in Folge verschuldeter nachfolgender Unmöglichkeit) sich ändert. Zu den Rechtsänderungen gehört es auch, wenn die mit dem Rechte gegebene Möglichkeit, es geltend zu machen, genommen oder eingeschränkt wird (z. B. dem Schuldner erwachsen Einreden gegen die Forderung des Gläubigers).

---

1. Kapitel.

Die Handlungen.

§ 46.

Die Handlungen und das Rechtsgeschäft[1].

I. Handlung ist Körperbewegung, die sich auf bewußten Willensakt zurückführt. Rein zufällige Körperbewegung, d. h. durch äußere Momente verursachte, ist keine Handlung (Reflexbewegungen). Der bewußte Willensakt selbst ohne eine von ihm hervorgerufene Körperbewegung ist ebensowenig Handlung. Ob im Thatbestande einer Rechtswirkung die Handlung ein Moment ist oder vielleicht

---

[1] Materialien: M. I. S. 126 ff. 210 ff. 271 ff. P. I. S. 53 f. 122.

Litteratur: 1888: Bekker, Beitr., H. 2, S. 36. Zróblowsky, Kodifikationsfragen, S. 60 ff. 1889: Zitelmann, Beitr., H. 7/8 S. 19 ff. Goldschmidt, Krit. Erörterungen, S. 29 f. Bekker, System II, S. 11. 1890: Reinhold, Gruch. Beitr., Bd. 34, S. 531 ff. Hellmann, GA., S. 487 ff. Reatz, GA., S. 1277. Rocholl, Vorschläge, S. 37. 1891: Hölder, Pandekten I, §§ 39. 40. 1893: Regelsberger I, §§ 129. 135. 148. 1896: Eck, Allgem. Theil, § 5. 1897: Hellmann, Vortr. über d. BGB., § 15. Bunsen I, §§ 15. 22. Kuhlenbeck, Von den Pandekten I, S. 316 ff. 334 ff. Goldmann-Lilienthal, S. 64 ff. Leske, § 19. Enneccerus-Lehmann I, §§ 54—57. Eck, §§ 27. 28. Bierling, Jur. Prinzipienlehre II, §§ 21—25. 1899: Endemann I, §§ 57. 60—63. Cosack I, §§ 50. 51. 52. Krückmann, §§ 74. 75. 160. 161. Isay, Die Willenserklärung im Thatbestande des Rechtsgeschäftes nach dem BGB. Habicht, Die Einwirkung des BGB. auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse § 14.

Digitized by Google

nur die kasuelle Körperbewegung gemeint ist und genügt, ist Interpretationsfrage, deren Bedeutung sich aus II. B. 2 b. ergiebt.

II. Die Handlung ist entweder eine rechtlich bedeutungslose oder eine rechtlich erhebliche, d. h. eine juristische Handlung. Eine solche liegt vor, wenn das Recht um deswillen, weil sie eine bewußt gewollte ist, Rechtswirkungen mit ihr verbindet. Der Grund, aus dem diese Rechtswirkungen von der Rechtsordnung angeknüpft werden, ist ein verschiedener. Danach sind zu unterscheiden:

A. Unerlaubte Handlungen. Diese sind rechtserheblich wegen ihrer Rechtswidrigkeit.

B. Bei den erlaubten Handlungen (Rechtshandlungen) ist der Grund der Anknüpfung der Rechtsfolge nicht überall der gleiche.

1. Bei den einen tritt die Rechtswirkung ein, eben weil sie gewollt ist. Das sind die Rechtsgeschäfte.

2. Bei anderen tritt die Rechtswirkung ein, auch wenn sie nicht gewollt ist. Der Grund der Anknüpfung der Rechtsfolge ist sehr verschieden. Es gehören hierher:

a. die erlaubten Handlungen, die eine Haftung für den aus ihnen entstehenden Schaden nach sich ziehen (Zwangsenteignung, Halten von Thieren, gefährdender Gewerbebetrieb);

b. die erlaubten Handlungen, die einen äußeren realen Erfolg herbeiführen, an den die Rechtswirkung sich anknüpft (Begründung und Aufhebung des Wohnsitzes, Führung fremder Geschäfte, Schatzfindung, Fund, Spezifikation). Das BGB. erklärt, daß auf bestimmte Handlungen gewisse für Rechtsgeschäfte geltende Erfordernisse Anwendung finden sollen (8. 682). Damit ist über ihre Rechtsgeschäftsnatur nicht entschieden;

c. die erlaubten Handlungen, die lediglich dazu bestimmt sind, eine Vorstellung in einem Anderen hervorzurufen, wie Mittheilungen, Anzeigen (Vorstellungsmittheilungen). Derartige Handlungen kennt das BGB. vielfach. Nur dann gehören diese Mittheilungen hierher, wenn das Gesetz verlangt, daß die Kenntniß beim Empfänger gerade durch die Handlung vermittelt wird. Ist das der Fall, so muß der Anzeigende die Erklärungshandlung wollen und auch die Wirkung der Vorstellung bei dem Empfänger, dagegen nicht den Rechtserfolg. Dieser tritt, anders als bei der rechtsgeschäftlichen Erklärung, unabhängig von seinem Wollen ein.

Wo in den Fällen a. b. c. Handlung vorliegt, ist auch mit dem rechtsgeschäftlichen Handeln Wesensgemeinschaft vorhanden, daher übertragen sich viele Erfordernisse des Rechtsgeschäftes auf diese

Digitized by Google

Rechtshandlungen, soweit nicht ihre besondere Natur diese Uebertragung ausschließt. So kann im Falle c. keine Bedingung oder Befristung in Frage kommen, auch keine Mentalreservation, wohl aber die Lüge, die ihr gleichsteht[1].

III. Das Rechtsgeschäft.

Rechtsgeschäft ist eine Willenserklärung (Handlung), gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, welcher nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist[2]. Damit ist Folgendes dem Rechtsgeschäfte wesentlich:

A. Damit die Rechtswirkung eintrete, ist bald mehr, bald weniger außer der Willenserklärung erforderlich. Der Gesammtthatbestand wird Rechtsgeschäft genannt oder auch nur die Willenserklärung, als Bestandtheil des Rechtsgeschäftes. Das BGB. bezeichnet mit Willenserklärung die einzelne Erklärung. Rechtsgeschäft ist der weitere Begriff, der aber auch mit dem Worte Willenserklärung ausgedrückt wird, wenn auch eine Mehrheit von Willenserklärungen zum Wesen des betreffenden Rechtsgeschäftes gehören (Vertrag).

B. Die Parteiabsicht muß auf den Rechtseffekt gerichtet sein und sich in der Handlung kundthun.

1. Es genügt nicht, daß der Handelnde sich den Erfolg lediglich in seiner wirthschaftlichen Bedeutung (Lenel) oder in seiner empirischen (Bechmann) vorstellte. Die Partei muß die Folge als eine Folge Rechtens wissen und wollen[3].

2. Nicht erforderlich ist die Vorstellung des Rechtseffektes in seiner juristischen Gestalt. Demnach können Rechtswirkungen eintreten, an die der Erklärende nicht gedacht, auch solche, die er bestimmt nicht gewollt hat, aber niemals solche, die mit den von ihm gewollten Rechtswirkungen in keinem Zusammenhange stehen.

---

[1] Zitelmann, a. a. O., H. 7/8, S. 34, Note 35.

[2] Gegen die Bezeichnung der Willenserklärung als Handlung wendet sich Isay, a. a. O. S. 7 ff., weil nicht aus einer Handlung, sondern aus dem gesammten Verhalten der Partei und auch aus ihrem Nichtthun auf den Willen geschlossen werde. Er definirt (S. 13) die Willenserklärung als das Verhalten der Partei sammt allen dieses begleitenden Umständen. — Aber diese letzteren gehören doch wohl sicher nicht zum Verhalten der Partei. Sollte nicht eine Verwechselung von Auslegungsmittel und Auslegungsobjekt vorliegen?

[3] Vgl. Kohler, Jahrb. f. Dogm., Bd. 28 (1889), S. 234 ff. Zitelmann, a. a. O., H. 7/8, S. 28 f. S. 33, Note 34. Ganz abweichend jetzt Isay, a. a. O. S. 24 ff. 52 und O. Bülow, Das Geständnißrecht (1899) bes. S. 105 ff.

Digitized by Google

C. Die Rechtswirkung wird an die Willenserklärung geknüpft, weil sie (die Rechtswirkung) gewollt ist.

D. Rechtsgeschäfte sind Handlungen der Betheiligten zur Regelung ihrer Interessen (Privatwillenserklärungen). Daher sind ausgeschlossen richterliche Urtheile, nicht aber prozessuale Handlungen, die auch Rechtsgeschäfte sein können.

IV. Die Erfordernisse des Rechtsgeschäftes. Jedes konkrete Rechtsgeschäft fordert Willenserklärung. Die Erfordernisse des Rechtsgeschäftes sind daher:

a. Solche, die mit der Willenserklärung gegeben sind, dieser eigenthümlich sind. Zu den mit der Willenserklärung gegebenen Erfordernissen gehören

1. die Geschäftsfähigkeit der Person,
2. das Vorhandensein des Willens bei der Erklärung,
3. die Erklärung des Willens,
4. ein bestimmt qualifizierter Inhalt der Willenserklärung (rechtliche und thatsächliche Möglichkeit — rechtliche und thatsächliche Erlaubtheit),
5. Vollendung der Willenserklärung.
6. Für die empfangsbedürftigen Willenserklärungen ist außerdem die Richtung an den Destinatär und
7. für die Verträge Uebereinstimmung der Parteiabsichten erforderlich. Diese Erfordernisse müssen sämmtlich im Momente der Errichtung verwirklicht sein.

b. Außer der Willenserklärung und Dem, was mit ihr zusammenhängt (a.), verlangen aber bestimmte Rechtsgeschäfte noch ein Weiteres (gemischte Geschäfte). Diese weiteren Erfordernisse sind bei den einzelnen Rechtsgeschäften sehr verschieden. Bei allen empfangsbedürftigen Willenserklärungen tritt hinzu der Empfang durch den Adressaten, bei anderen Geschäften muß ein Real- oder Naturalakt erfüllt werden (Realgeschäfte, z. B. Darlehn). Manche sind Errichtungserfordernisse (a.), manche nicht. Im letzteren Falle ergeben sich Schwebezustände, die Erfordernisse sind nachholbar, der Thatbestand des Rechtsgeschäftes vollendet sich successive (Einwilligung, Genehmigung, Bedingung, Befristung).

c. Das gültig errichtete, aber im Schwebezustande befindliche Geschäft kann durch gewisse Ereignisse nachträglich die Aussicht auf Wirksamkeit verlieren, z. B. durch Widerruf oder Zeitablauf (vernichtende Thatsachen).

Digitized by Google

V. Die Arten der Rechtsgeschäfte.

A. Mit Rücksicht auf den Thatbestand unterscheiden wir:

1. Einseitige und zweiseitige Rechtsgeschäfte, je nachdem nur die Willenserklärung einer Person oder die einverstandenermaßen auf den Rechtserfolg vereinigten Willenserklärungen mehrerer Personen vorliegen müssen. Die zweiseitigen Rechtsgeschäfte sind die Verträge (Bd. I, § 50). Die einseitigen Rechtsgeschäfte erfordern entweder eine an einen Anderen (Betheiligten) gerichtete und von ihm empfangene Willenserklärung (empfangsbedürftige Willenserklärung, Bd. I, § 49) oder nicht (schlechthin einseitige Geschäfte, z. B. die Aneignung herrenloser Sachen[1]), oder sie erfordern die Abgabe der Willenserklärung gegenüber einer Behörde (Bd. I, § 49)[2].

2. Reine Willensgeschäfte und Realgeschäfte (IV. a. b.).

3. Rechtsgeschäfte mit zeitlich einheitlich (simultan) verwirklichtem Thatbestande und solche mit successiv verwirklichtem (IV. c).

B. Sieht man auf den Inhalt und den Eintritt der Rechtsfolgen der Geschäfte, so ergeben sich

1. die Geschäfte, die Begründung oder Aenderung oder Aufhebung von Rechtsverhältnissen zum Inhalte haben; Rechtsgeschäfte, die zum Inhalte die Uebertragung, Belastung, Aufhebung oder Aenderung eines Rechtes haben, nennt das Gesetz Verfügungen (vgl. Bd. I, § 54. IV.)[3];

2. Geschäfte unselbständigen Inhaltes insofern, als sie nur die Bedingungen für die positive oder negative Rechtswirksamkeit anderer Thatsachen setzen (Vollmachtsertheilung, Einwilligung, Genehmigung, Widerruf ꝛc.);

3. Geschäfte unter Lebenden (inter vivos) und von Todeswegen (mortis causa). Die Wirksamkeit der letzteren hängt nach der Parteiabsicht davon ab, daß der Tod des Verfügenden eher eintritt, als der des durch die Verfügung Begünstigten. Solche Geschäfte sind letztwillige, wenn der Verfügende bis zum Tode den freien Widerruf behält (Testament), oder nicht letztwillige (Erbvertrag).

C. Nach ihrer Stellung im Privatrechtssystem scheiden

---

[1] Damit ist nicht gesagt, daß derartige Geschäfte auch durch Monolog der Partei zustande kommen könnten, wie Cosack I, S. 175, Note 2a ausführt. Dagegen Hellmann, Krit. V.J.Schr. Bd. 40 (1898) S. 183.

[2] Vgl. Isay, a. a. O., S. 47 f.

[3] A. M. Wendt, Arch. f. d. civ. Prax. Bd. 89 (1899) bes. S. 431 ff. (Vgl. Bd. II, § 167 I, B.)

Digitized by Google

sich die Rechtsgeschäfte in vermögensrechtliche, familienrechtliche, erbrechtliche, personenrechtliche. Die vermögensrechtlichen Geschäfte sind:

1. onerose (lästige, entgeltliche) oder lukrative (unentgeltliche), je nachdem der Erwerb des Vermögensvortheiles ein Vermögensopfer des Erwerbers fordert oder nicht. Weiter geht der Gegensatz von lediglich vortheilhaften und nicht lediglich vortheilhaften Geschäften (107);

2. kausale oder abstrakte Geschäfte (Bd. I, § 54).

D. Die Rechtsgeschäfte sind, wenn auf die Erklärung des Willens gesehen wird, formlose oder formbedürftige Geschäfte (Bd. I, § 51).

§ 47.

Die Geschäftsfähigkeit[1].

I. Das BGB. unterscheidet Geschäftsunfähigkeit und beschränkte Geschäftsfähigkeit. Die Bestimmungen über die Geschäftsfähigkeit finden auch Anwendung auf nicht rechtsgeschäftliche

---

[1] Materialien: M. I. S. 129 ff. P. I. S. 45 ff. 53 ff. VI, S. 28. 119 ff. 132. BRK., S. 35 ff. Begründung d. Nov. z. CPO. S. 84.

Litteratur: 1888: Bähr, Zur Beurtheilung, S. 12 f. Zróblowski, Kodifikationsfragen, S. 64 f. Hölder, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 73, S. 30. 58 ff. Bekker, Beitr., H. 2, S. 34. 70 f. Neumann, Gruch. Beitr., Bd. 32, S. 689. 880. Poland, Bemerkungen, S. 9. 1889: Strohal, Jahrb. f. Dogm., Bd. 28, S. 344 ff. Jacoby, Annalen d. D. Reichs, S. 315 ff. Schilling, Aphorismen, S. 33 ff. Gierke, Der Entwurf, S. 36. 143. Zitelmann, Beitr., H. 7/8, S. 36 ff. 160 ff. Hinschius, Arch f. d. civ. Pr., Bd. 74, S. 68 f. Mendel, Die Geisteskranken im Entwurf, S. 16 ff. Menger, Arch. f. d. sociale Gesetzgebung und Statistik, Bd. 2, S. 69 ff. Muskat, Der vormundschaftliche Schutz ꝛc., S. 28 ff. 1890: Reinhold, Gruch. Beitr., Bd. 34, S. 533 ff. Jacoby, ebenda, S. 580 ff. Hellmann, GA., S. 489 ff. Rocholl, Vorschläge, S. 33 ff. Bähr, Krit. VJSchr., Bd. 32, S. 194 f. Feyerabend, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 76, S. 146 f. 151 f. 1891: Hölder, Pandekten I, § 39. Jacoby, Zeitschr. f. d. Priv.- und öff. R., Bd. 18, S. 281. 1892: Grützmann, Sächs. Arch., Bd. 2, S. 212 f. Bähr, Gegenentwurf, S. 18 ff. Jakubezky, Bemerkungen S. 17. 1893: Hölder, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 80, S. 24 ff. Cretschmar, ebenda, Bd. 81, S. 150 ff. Regelsberger I, §§ 130—134. 1895: Kuhlenbeck, Rechtsprechung I, S. 82 ff. 153 ff. Strohal, Jahrb. f. Dogm., Bd. 34, S. 345 f. Küntzel, Gruch. Beitr., Bd. 39, S. 701 f. 1896: Eck, Allgem. Theil, § 5. Dernburg, Persönl. Rechtsstellung nach dem BGB., S. 7 ff. 11 ff. 16 ff. Meisner, Krit. Bemerkungen, S. 21 f. 1897: Hellmann, Vorträge über das BGB., § 16. Bunsen I, § 18. 1898: Kuhlenbeck, Von den Pandekten I, S. 97 ff. Goldmann-Lilienthal, S. 74 ff. Hachenburg, Das BGB. S. 170.

Digitized by Google

Handlungen im Rechtssinne. Unter besonderen Vorschriften steht die Verantwortlichkeit für unerlaubte Handlungen (828. 829).

II. Die Geschäftsunfähigkeit.

A. Geschäftsunfähig sind (104):

1. Kinder, d. h. Personen unter 7 Jahren;

2. Personen, die thatsächlich geisteskrank sind. Ihrer Natur nach vorübergehende Zustände geistiger Störung sind hier ausgeschlossen;

3. wegen Geisteskrankheit entmündigte Personen während der Dauer der Entmündigung.

B. Die Willenserklärungen geschäftsunfähiger Personen sind nichtig, ebenso die Willenserklärungen, die gegenüber einer geschäftsunfähigen Person abgegeben sind. Abgeben bedeutet nicht nur das Richten an Jemanden, sondern auch das Empfangen, welches insofern als eine Handlung angesehen wird. Der gesetzliche Vertreter kann also für den Geschäftsunfähigen empfangen, obwohl die Willenserklärung an den letzteren gerichtet war. Es gilt das sowohl von Willenserklärungen unter Abwesenden wie unter Anwesenden (105, Abs. 1. 131, Abs. 1).

Wird der die Entmündigung wegen Geisteskrankheit aussprechende Beschluß in Folge einer Anfechtungsklage aufgehoben, so kann die Wirksamkeit der von oder gegenüber dem Entmündigten bis dahin abgegebenen Willenserklärungen nicht auf Grund des Beschlusses in Frage gestellt werden. Die von oder gegenüber dem gesetzlichen Vertreter vorgenommenen Rechtsgeschäfte werden aber von der Aufhebung nicht berührt (115, Abs. 1, vgl. 2230)[1].

C. Obwohl Geschäftsunfähigkeit nicht vorliegt, tritt doch die gleiche Wirkung für die Handlungen ein, die in Zuständen der Bewußtlosigkeit und vorübergehenden Störung der Geistesthätigkeit (Narkose, Traumzustand, Schlaf, hypnotischer Zustand, Trunkenheit, Fieberzustand) vorgenommen werden. Die Wirkung ist also auf die Dauer dieser Zustände beschränkt. Willenserklärungen, die in diesen Zuständen von diesen Personen und unter Anwesenden ihnen gegenüber abgegeben werden, sind nichtig, nicht aber die unter Abwesen-

---

175 ff. Leske, § 20. Eck, § 27. Enneccerus-Lehmann I, §§ 58. 59. Weyl I, § 44. 1899: Endemann I, §§ 24—39. Cosack I, §§ 55. 56. Krückmann, § 5. v. Buchka, § 4.

[1] Vermöge des argumentum e contr. ergiebt sich, daß die Wirksamkeit der Geschäfte in der Zwischenzeit immer noch wegen wirklicher Geisteskrankheit angefochten werden kann. Der Aufhebungsbeschluß stellt also Dritten gegenüber nicht die Gesundheit des Entmündigten fest.

Digitized by Google

den ihnen gegenüber abgegebenen. Ihre Wirksamkeit ist also nicht dadurch in Frage gestellt, daß der Adressat z. B. zur Zeit der Ankunft des Briefes etwa schlief oder betrunken war (105, Abs. 2. 131, Abs. 1)[1].

III. Die beschränkte Geschäftsfähigkeit[2] tritt ein bei Minderjährigen, bei den wegen Geistesschwäche, Verschwendung und Trunksucht Entmündigten und bei den unter vorläufige Vormundschaft gestellten Personen[3].

A. Minderjährige. Selbstverständlich scheiden aus die Minderjährigen, die für großjährig erklärt sind oder wegen Geisteskrankheit ꝛc. geschäftsunfähig sind. Dagegen sind sonst alle Minderjährigen, ob sie unter väterlicher Gewalt stehen oder nicht, bevormundet sind oder nicht, in der Geschäftsfähigkeit beschränkt. Mit der Volljährigkeit erlischt die Beschränkung, wenn auch die Vormundschaft etwa fortdauert (106).

1. Der Minderjährige kann selbständig Willenserklärungen abgeben, durch die er lediglich einen rechtlichen Vortheil erlangt, ebenso kann er solche Willenserklärungen entgegennehmen z. B. Befreiung von einer Verbindlichkeit oder von einem an seiner Sache haftenden dinglichen Rechte eines Dritten, Verzicht eines Dritten auf ein Anfechtungsrecht, Einräumung einer Pfandpriorität durch Dritte ꝛc. Immer kommt es auf Gattung und Art des Geschäftes, nicht auf den Erfolg des konkreten Geschäftes an (107. 131, Abs. 2)[4].

2. Der Minderjährige kann als Stellvertreter eines Anderen jedes Geschäft vornehmen, wie er auch zum Vormund bestellt werden kann.

3. Bei allen anderen Geschäften des Minderjährigen in eigenen Angelegenheiten tritt die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit hervor. Eine eigentliche theilweise Geschäftsunfähigkeit liegt nicht vor, weil sonst auch die Einwilligung und Genehmigung des gesetzlichen Vertreters nichts helfen würde und wegen Z. 2. Richtiger ist von einer mangelnden Verfügungsfähigkeit zu sprechen. Der Minderjährige handelt selbst gültig, aber damit das Geschäft Wirkung äußere auf seinen Rechtskreis, besonders sein Vermögen (Veräußerungen, Belastungen, Verpflichtungen), ist die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters erforderlich. — Die Beschränkung bezieht sich nicht nur auf vermögensrechtliche Geschäfte. Für die nicht vermögensrechtlichen

[1] A. M. Coack I, S. 166.

[2] Vgl. Schuster, Allgem. Österr. Ger. Ztg. Jahrgg. 1899. N. 28.

[3] Vgl. auch EG. Art. 200, Abs. 3.

[4] Annahme einer Zahlung wird also dem Minderjährigen freistehen, die Forderung wird aber nur erlöschen, wenn der gesetzliche Vertreter zustimmte.

Digitized by Google

Geschäfte sind besondere Bestimmungen getroffen. — Für eine Reihe von Geschäften gewährt aber allgemein das BGB. eine erweiterte Geschäftsfähigkeit und setzt so die Regel außer Anwendung. In diesen Fällen handeln die Minderjährigen selbständig ohne Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters.

Gesetzlicher Vertreter ist der Inhaber der väterlichen Gewalt (Vater oder Mutter), Beistand der Mutter, Vormund, Pfleger.

Soweit der Minderjährige der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bedarf, ist zu unterscheiden:

a. Einseitige Geschäfte.

Die Vornahme solcher Geschäfte, z. B. einer Mahnung, Kündigung, ist nichtig ohne Einwilligung, d. h. vorherige oder gleichzeitige Zustimmung, des gesetzlichen Vertreters zum Geschäft. Das gilt bei allen einseitigen Geschäften, sowohl denjenigen, die der Minderjährige vornimmt, als die ihm gegenüber vorgenommen werden. Wenn der Minderjährige ein einseitiges Geschäft einem Dritten gegenüber mit Einwilligung vornimmt, so hat er die Einwilligung schriftlich dem Anderen vorzulegen. Thut er das nicht und weist der Andere das Geschäft aus diesem Grunde unverzüglich zurück, so ist es nichtig. Die Zurückweisung ist ausgeschlossen, wenn der Vertreter den Anderen von der Einwilligung in Kenntniß gesetzt hatte (107. 111).

b. Bei Verträgen, zweiseitigen wie einseitigen Verträgen, genügt aber die nachträgliche Genehmigung des gesetzlichen Vertreters.

Mit dem Abschlusse des Vertrages tritt demnach ein Zustand der Schwebe ein. Verweigert der gesetzliche Vertreter die Genehmigung, so ist der Vertrag für immer und für beide Theile unwirksam; genehmigt er, so wird der Vertrag voll wirksam von Anfang an unter Wahrung gewisser in der Zwischenzeit begründeter Rechte Dritter (184).

Bedeutung hat nicht nur eine vom gesetzlichen Vertreter dem andern Theil gegenüber abgegebene Genehmigungserklärung, sondern auch die vom Vertreter an den Minderjährigen ertheilte Genehmigung. Solange der Schwebezustand dauert, ist zwar eine Gebundenheit beider Theile gegeben, aber keine definitive, und die Gebundenheit des Minderjährigen hängt von der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters ab. Im Interesse des anderen Vertragstheiles ist diesem die Möglichkeit gegeben, sowohl eine Entscheidung über die Genehmigung herbeizuführen (α.) als seine Gebundenheit durch Widerruf zu beseitigen (β.).

Digitized by Google

α. Der andere Vertragstheil kann jederzeit den gesetzlichen Vertreter auffordern, sich über die Genehmigung zu erklären. Die Aufforderung muß dem gesetzlichen Vertreter zugekommen sein. Der gesetzliche Vertreter hat sich dann, und zwar nur dem Dritten gegenüber, stillschweigend oder ausdrücklich zu erklären. Genehmigen kann er bis zum Ablaufe von zwei Wochen nach Empfang der Aufforderung. Die Erklärung der Genehmigung muß dem anderen Vertragstheil zugekommen sein. Schweigt der gesetzliche Vertreter, so gilt das Schweigen als Verweigerung. Hatte *vor* der Aufforderung der gesetzliche Vertreter dem Minderjährigen gegenüber genehmigt oder nicht genehmigt, so werden diese Erklärungen völlig unwirksam. Die Vertragstheile können also auf eine frühere, dem Minderjährigen erklärte Genehmigung oder Verweigerung nicht mehr zurückgreifen. Dieses Mittel verschafft aber dem anderen Theile keine Sicherheit für den Fall, daß der gesetzliche Vertreter *vor* oder *bei* dem Vertrage dem Minderjährigen seine Zustimmung (Einwilligung) erklärt hat; denn diese wird nicht unwirksam.

Ist der Minderjährige unbeschränkt geschäftsfähig geworden, so ist seine Genehmigung erforderlich. Ist er in der Minderjährigkeit verstorben, so treten seine Erben an seine Stelle. Hat der Minderjährige die das betreffende Geschäft umfassende erweiterte Geschäftsfähigkeit erlangt, so hat er gleichfalls die Genehmigung zu ertheilen. In allen diesen Fällen hat der andere Vertragstheil dem Minderjährigen gegenüber die Möglichkeit, den Schwebezustand abzukürzen (108)[1].

β. Abgesehen von etwa bestehenden gesetzlichen oder vertragsmäßigen Rücktrittsrechten (z. B. 671) kann der andere Vertragstheil seine Gebundenheit bis zur Genehmigung des Vertrages widerrufen, wenn er die Minderjährigkeit der Partei nicht gekannt hat. Der Minderjährige hat den Beweis der Kenntniß zu erbringen. Hat der andere Theil die Minderjährigkeit gekannt (bloß fahrlässige Nichtkenntniß schließt das Widerrufsrecht nicht aus), so kann er nur widerrufen, wenn der Minderjährige die *Einwilligung* des gesetzlichen Vertreters wahrheitswidrig behauptet hat und das Fehlen der Einwilligung dem anderen Theil nicht bekannt war. Diese Kenntniß hätte ebenfalls der Minderjährige zu beweisen. Der Widerruf kann

[1] Hatte der Minderjährige keinen gesetzlichen Vertreter, so tritt gleichwohl der Schwebezustand ein. Die Aufforderung des anderen Vertragstheiles ist dann an das Vormundschaftsgericht zu richten.

Digitized by Google

sowohl dem gesetzlichen Vertreter wie auch dem Minderjährigen gegenüber erklärt werden.

4. Die stillschweigende Zustimmung (110).

Hat der Minderjährige ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters einen Vertrag geschlossen und sodann die Vertragsleistung mit Mitteln bewirkt, die ihm zu diesem Zweck oder zur freien Verfügung von dem Vertreter oder mit dessen Zustimmung von einem Dritten überlassen sind, so ist der Vertrag von Anfang an wirksam.

Die Ueberlassung ist allgemeine, ausdrückliche oder stillschweigende Einwilligung des gesetzlichen Vertreters zur dinglichen Verfügung. Diese wird damit gültig. Es sollen aber zugleich die Verträge und nur solche und zwar selbständig geschlossene (nicht vom Vormund geschlossene oder gesetzliche Obligationen) gültig werden, mit Beziehung auf welche die dingliche Verfügung (Veräußerung) erfolgte. Darin liegt eine bedingte Einwilligung oder Genehmigung der Verträge, die aus diesen Mitteln erfüllt sind. Auch Das gehört im Zweifel zu diesen Mitteln, was mit dem Ueberlassenen erworben wurde.

Eine etwa erforderliche Zustimmung des Gegenvormundes oder des Vormundschaftsgerichtes wird durch die Erfüllung aus den dazu überlassenen Mitteln nicht ersetzt.

Vertragsmäßige Leistung ist nicht nur die Erfüllungsleistung, sondern auch die Leistung aus anderer causa (Naturalkauf, Handgeschenk, Darlehn ꝛc.).

Die Ueberlassung kann als Einwilligung in dingliche Geschäfte jeden Augenblick vor Vollzug dieser Geschäfte vom gesetzlichen Vertreter widerrufen oder auf bestimmte Zwecke eingeschränkt werden.

5. Die erweiterte Geschäftsfähigkeit. Während nach Z. 3 der Minderjährige zu den einzelnen Geschäften der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bedarf, ist in einigen wichtigen Fällen eine Erweiterung der Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen vorgesehen:

a. Dem Minderjährigen kann vom gesetzlichen Vertreter mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes die Genehmigung zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäftes ertheilt sein. Es handelt sich dabei um eine Erweiterung der Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen, nicht um einen Generalkonsens des gesetzlichen Vertreters in die einzelnen zum Geschäftsbetriebe gehörigen Geschäfte. Ueberlassung von Vermögen an den Minderjährigen ist nicht erforderlich[1]. Ob der Minderjährige auch Geschäfte zur Beschaffung seines

[1] A. M. Kuhlenbeck, Von den Pandekten ꝛc. I S. 109.

Digitized by Google

Unterhaltes schließen kann, wird davon abhängen, wie weit im einzelnen Falle solche Geschäfte als zum Betriebe des Geschäftes gehörig betrachtet werden können[1]. Der Minderjährige ist also auch insoweit prozeßfähig (CPO. § 52). Der gesetzliche Vertreter kann einzelne, zu diesem Betriebe gehörige Geschäfte nicht durch Widerspruch hindern, sondern nur (mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes) die Ermächtigung widerrufen. Allerdings kann er sie so auch abändern und einschränken, aber die Einschränkung kann nicht einzelne konkrete Geschäfte treffen. Ausgenommen sind aber alle Geschäfte, für die der gesetzliche Vertreter die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes einholen muß. Für diese Geschäfte ist die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes und der Spezialkonsens des gesetzlichen Vertreters erforderlich.

Die Zustimmung zur Ertheilung und Zurücknahme der Ermächtigung hat vor der Ertheilung zu erfolgen, weil beide Akte einseitige Geschäfte sind.

Zu den in den Geschäftsbetrieb fallenden Geschäften gehören sowohl Vornahme wie Entgegennahme von Willenserklärungen, auch Verpflichtungsgeschäfte, bei welchen dann aber Haftung mit dem ganzen Vermögen eintritt (112).

b. Der Minderjährige kann vom gesetzlichen Vertreter ermächtigt sein, in Dienst oder Arbeit zu treten. Der Minderjährige ist dann unbeschränkt geschäftsfähig für alle Geschäfte, welche die Eingehung oder Aufhebung von Dienst- oder Arbeitsverhältnissen der gestatteten Art oder die Erfüllung der sich aus solchen Verhältnissen ergebenden Verpflichtungen betreffen. Alle Geschäfte gehören hierher, die zur Erfüllung eigener Verpflichtungen des Minderjährigen wie zu der des anderen Theiles dienen. Der Minderjährige ist aber nicht befugt, einen Vertrag einzugehen, dessen Inhalt ihm Verpflichtungen auferlegt, die über das Gewöhnliche in solchen Verhältnissen hinausgehen, und welchen zuzustimmen der Vertreter nicht beabsichtigt haben kann, z. B. Vereinbarung einer Konventionalstrafe für den Fall nicht rechtzeitigen Dienstantrittes. Auch hier handelt es sich um Erweiterung der Verfügungsfähigkeit, nicht um Generalkonsens. Sowohl die Abgabe wie die Entgegennahme von Willenserklärungen stehen in Frage. Verträge aber, zu denen die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes nothwendig ist, sind ausgeschlossen. Galt die Er-

[1] A. M. Endemann I S. 113 Note 5 und wieder anders Rehbein, S. 113.

Digitized by Google

mächtigung nur für einen einzelnen Fall, so gilt sie im Zweifel als allgemein für die Eingehung von Verhältnissen derselben Art ertheilt. Der gesetzliche Vertreter kann die Ermächtigung zurücknehmen und einschränken, aber nur unbeschadet der Rechte Dritter aus den bereits vom Minderjährigen übernommenen Verpflichtungen (113)[1].

B. Die wegen Geistesschwäche, Verschwendung und Trunksucht Entmündigten und die unter vorläufige Vormundschaft Gestellten stehen in der Geschäftsfähigkeit den Minderjährigen gleich (114). Anwendung findet hier auch 115 (vgl. II. B.).

IV. Die unter III. dargestellten Grundsätze werden auf dem Gebiete des Familien- und Erbrechtes vielfach durchbrochen. Besonders wird die Unterscheidung von lediglich vortheilhaften und anderen Geschäften hier durch andere Erwägungen zurückgedrängt und die selbständige Geschäftsfähigkeit auch da eingeräumt, wo nicht lediglich vortheilhafte Geschäfte in Frage stehen (z. B. 1336. 1337, Abs. 3. 1595, Abs. 1. 1598, Abs. 3. 1748, Abs. 2. 1755. 1516, Abs. 1. 2. 2271. 2296. 2347, Abs. 2. 2229, Abs. 1. 2. 2230. 2253, Abs. 2).

§ 48.

Die Aeußerung des Willens im Allgemeinen. Ausdrückliche und stillschweigende Willenserklärung[2].

I. Das Rechtsgeschäft ist Handlung. Die Willensäußerung ist daher wesentliches Element des Rechtsgeschäftes, nicht bloß Er-

[1] Der gesetzl. Vertreter kann aber ein Dienst- oder Arbeitsverhältniß des Minderjährigen nicht kündigen. Aushülfe: 626.

[2] Materialien: M. I. S. 126. 153 ff. P. I. S. 68. 177.

Litteratur: 1888: Hölder, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 73, S. 66 ff. Zródlowski, Kodifikationsfragen, S. 31. 60 f. Bekker, Beitr., H. 2, S. 48. 1889: Strohal, Jahrb. f. Dogm., Bd. 28, S. 357 ff. Schilling, Aphorismen, S. 37 f. Zitelmann, Beitr., H. 7/8, S. 92 ff. Jacoby, Annalen d. d. Reiches, S. 637 ff. Gierke, Der Entwurf, S. 162. Bekker, System II, S. 73. 75. 81. 1890: Hellmann, GA., S. 491 f. Rocholl, Vorschläge, S. 38. Meisner, Das Pr. ALR. und d. Entw., S. 31 ff. 1891: Hölder, Pandekten I, § 41. 1893: Regelsberger I, §§ 136. 138. Ehrlich, Die stillschweigende Willenserklärung. 1896: Meisner, Krit. Bemerkungen, S. 18 ff. 1897: Hellmann, Vorträge über d. BGB., S. 83 ff. Bunsen I, § 19. 1898: Kuhlenbeck, Von den Pandekten I, S. 341 ff. Goldmann-Lilienthal, S. 85. Fritze, Arch. f. bürg R., Bd. 14, S. 181 ff. Leske, S. 67. Enneccerus-Lehmann I, § 66. 1899: Endemann I, § 64. Cosack I, § 59. Krückmann, S. 307. v. Buchka, § 5. Isay, Die Willenserklärung im Thatbestande des Rechtsgeschäfts, S. 4 ff. 27 ff.

Digitized by Google

kenntnißmittel des rechtsgeschäftlichen Willens. Die Willensäußerung hat den Zweck, daß dem Anderen der Wille klar werde (Willenserklärungen im engeren Sinne); sie kann auch dazu bestimmt sein, einen realen Erfolg herbeizuführen. Auch diese werden als Willenserklärungen bezeichnet (reale Willensäußerungen)[1]. Zu letzteren gehören dann auch die Vorstellungsmittheilungen (Bd. I. § 46).

II. Wo das Gesetz eine bestimmte Form für die Willenserklärung nicht aufstellt, kann sie beliebig erfolgen. Wir sprechen dann von formlosen Willenserklärungen. In der Regel unterscheidet man bei der formlosen Willenserklärung die stillschweigende und ausdrückliche. Aber die Unterscheidung beider ist keineswegs unstreitig.

Unbestritten ist, daß die stillschweigenden Willenserklärungen nicht ausschließlich die durch Schweigen abgegebenen sind.

Die subjektive Auffassung nimmt ausdrückliche Willenserklärung dann an, wenn der Erklärung auch der Zweck der Willenskundgebung zu Grunde liegt. Dagegen ist einzuwenden, daß auch Schweigen diesen Zweck haben kann.

Die objektive Auffassung hält sich an die äußere Beschaffenheit der Handlung. Ausdrücklich ist die Willenserklärung, die durch ein Mittel geschieht, das nach Lebenssitte, Gesetz oder bindender Parteifestsetzung dazu bestimmt ist, Erklärungsmittel zu sein. Dahin gehören aber nicht nur das Mittel der Sprache, der Zeichen (Nicken, Schütteln, Winken, Zeigen, Handschlag), sondern auch andere Handlungen, anderes Verhalten (Rückgabe des Schuldscheines). Wo ist aber die Grenze? Da mit diesen beiden Auffassungen nicht recht zum Ziel zu kommen ist, kann auch die gleichfalls vertretene Kombination[2] beider nichts helfen. Der Gegensatz hebt daher nur hervor, daß mit gewissen Mitteln eine größere, mit anderen nur eine geringere Unzweideutigkeit der Willenserklärung erreicht wird.

III. Das BGB. kennt diesen Gegensatz. Es spricht oft von dem Willen, der sich aus den Umständen ergiebt, von Dem, was die Umstände als gewollt ergeben, im Gegensatz zu Dem, was als bestimmter Wille erhellt, sich aus dem Vertrage, Antrage, Inhalte des Geschäftes ꝛc. ergiebt (z. B. 151. 164); das BGB. stellt ferner die stillschweigende Willenserklärung in Gegensatz zur ausdrücklichen

[1] Anders Isay, a. a. O., S. 34 f. | [2] Z. B. bei Planck I, S. 162 ff.

Digitized by Google

(164) und verlangt in einigen Fällen eine ausdrückliche Willenserklärung (244. 700)[1].

a. Das Gesetz sagt damit, daß regelmäßig zur Feststellung des Willens alle irgendwie dazu dienlichen Momente herangezogen werden können, daß aber da, wo es ausdrückliche Erklärung vorschreibt, nur solche Momente maßgebend sein sollen, die einen möglichst unzweideutigen Schluß auf den Willen zulassen. Der Richter wird daher in diesen Fällen vornehmlich, wenn auch nicht ausschließlich, nur die wörtliche, mündliche oder schriftliche Kundgebung berücksichtigen dürfen.

b. Ein völlig sicheres Resultat ergiebt kein Erklärungsmittel, auch nicht Worte und Zeichen, am wenigsten die schlüssigen Thatsachen (facta concludentia). Hier kann von einem sicheren Schluß von dem Erklärungsmittel auf den Willen nicht die Rede sein. Die Erfahrung des Lebens, Vernunft und Redlichkeit beim Erklärenden vorausgesetzt, führt auf Das, was als Wille der Partei zu gelten hat.

Die Verwerthung schlüssiger Thatsachen ist nun, auch abgesehen von den Fällen, in denen ausdrückliche Erklärung verlangt ist (a), da ausgeschlossen, wo eine besondere Form für die rechtsgeschäftliche Erklärung vorgeschrieben ist (Bd. I, § 51).

c. Die Bedeutung des Schweigens.

Das Schweigen ist i. A. keine schlüssige Handlung, kann es aber sein, wenn Umstände vorliegen, die zum Reden Veranlassung gaben, der Betreffende von diesen Umständen Kenntniß hatte und in der Lage war, seinen Willen zu erklären. Die Umstände müssen so liegen, daß nach Orts- und Verkehrssitte (bona fides) anzunehmen ist, der Schweigende würde, wenn er den relevanten Willen nicht gehabt hätte, geredet haben. Der Betreffende muß ferner das Bewußtsein gehabt haben, oder er hätte es haben müssen, daß ihm zu reden oblag, d. h. es muß ihm, wenn er die Deutung des Schweigens ablehnen will, sein Schweigen auch subjektiv als Vernachlässigung der Grundsätze von Treu und Glauben angerechnet werden können. Die Schlüssigkeit des Schweigens hat also objektive und subjektive Grenzen. Diese Grenzen allein sind auch dann maßgebend, wenn etwa von den Parteien in Geschäftsofferten Präjudize an das Schweigen des Antragsempfängers angeknüpft wurden. Liegen die

[1] A. M. Isay, a. a. O., S. 31, und Fritze, a. a. O., S. 185. Vgl. Reichsbörsengesetz v. 22. Juni 1896 § 74, Reichsdepotgesetz v. 5. Juli 1896 § 3.

Digitized by Google

subjektiven und objektiven Voraussetzungen vor, so wird das Schweigen regelmäßig den Schluß auf zustimmenden, weniger den auf ablehnenden Willen gestatten.

In einer Reihe von Fällen spricht das Gesetz selbst aus, welche Bedeutung das Schweigen haben soll, besonders dann, wenn Erklärungen nicht, wie erforderlich, innerhalb einer bestimmten Frist abgegeben werden. Das Schweigen hat dann entweder die Bedeutung der Ablehnung oder der Zustimmung (z. B. 108. 177. 415. 416. 518. 1405. 1452). Wo eine gesetzliche Bestimmung nicht vorliegt, müssen die vorher entwickelten Grundsätze entscheiden [1].

d. Gegen eine an sich mögliche und vielleicht naheliegende Deutung eigenen Verhaltens kann man Verwahrung einlegen (Protestation), die im besonderen Falle der Abwehr einer Deutung auf Verzicht Reservation genannt wird. Die Verwahrung muß aber mit der der Deutung unterliegenden Handlungsweise vereinbar und nicht eine protestatio facto contraria sein (vgl. 625. 568. 581, Abs. 2).

§ 49.

Empfangsbedürftige Willenserklärungen [2].

Man hat im Thatbestande der Rechtsgeschäfte zu unterscheiden Willenserklärungen, die an einen Andern gerichtet und von diesem

[1] Mit der Deutung des Schweigens befassen sich dagegen nicht die Vorschriften: 612. 632. 659. 689. Sie enthalten lediglich dispositive Rechtssätze.

[2] Materialien: M. I. S. 156 ff. P. I. S. 62. 68 ff. VI. S. 131 ff. BRR. S. 42.

Litteratur: 1888: Bähr, Zur Beurtheilung, S. 12. Hölder, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 73, S. 63. 67 ff. Bekker, Beitr., H. 2, S. 37 f. 1889: Strohal, Jahrb. f. Dogm., Bd. 28, S. 352 ff. 362 ff. 366 ff. Jacoby, Annalen, S. 638 ff. 647 ff. Schilling, Aphorismen, S. 36. 38. Gierke, Der Entwurf, S. 29. 162 f. Zitelmann, Beitr., H. 7/8, S. 22 ff. 39. 52. 98 ff. 111 ff. 169. Kohler, Arch. f. bürg. R., Bd. 1, S. 293 ff. Meischeider, Beitr., H. 3, S. 17 f. Bekker, System II, S. 55, 60 f. 65. 76 f. 110. 112 ff. 1890: Hellmann, GA., S. 492 ff. Rocholl, Vorschläge, S. 38 ff. Neumann, Gruch. Beitr., Bd. 34, S. 453. Zitelmann, Beitr., H. 9/10, S. 138. 146 f. 199. 1892: Bähr, Gegenentwurf, S. 20. Jakubezky, Bemerkungen, S. 18. 1893: Hölder, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 80, S. 42 ff. 1896: Eck, Allgemeiner Theil, § 5. 1897: Hellmann, Vorträge über d. BGB., §§ 15. 17. Bunsen I, § 21. Kohler, Arch. f. bürg. R., Bd. 13, S. 217 ff. 1898: Hachenburg, Das BGB., S. 58 ff. 189. Kuhlenbeck, Von den Pandekten I, S. 318. Goldmann-Lilienthal, S. 65 f. 85 ff. Enneccerus-Lehmann I, S. 153 f. §§ 71—74. Eck, § 28. Leske, S. 62, § 24. Weyl I, § 50. Fritze, Arch. f. bürg. Recht, Bd. 14, S. 203 ff. Immerwahr, Die Kündigung, bes.

Digitized by Google

empfangen sein müssen (empfangsbedürftige Willenserklärungen), und solche, bei denen das nicht erforderlich ist[1]. Der Gegensatz ist nicht identisch mit dem der zweiseitigen und einseitigen Rechtsgeschäfte; es handelt sich vielmehr um einen Gegensatz unter den einseitigen Willenserklärungen, wie sie den Bestand der einseitigen oder zweiseitigen Rechtsgeschäfte bilden.

I. Das Wesen der empfangsbedürftigen Willenserklärung besteht in Folgendem:

a. Sie setzt zwei Personen voraus: Denjenigen, der die Erklärung abgiebt, und den Andern (Destinatär, Adressaten, Betheiligten, Empfänger), dem sie zugehen soll. Wer dieser Andere ist, ergiebt sich, wenn nicht direkt aus den gesetzlichen Vorschriften, so aus der Auslegung derselben und dem konkreten Geschäfte.

b. Es muß eine fertige Willenserklärung, nicht ein bloßer Entwurf einer solchen vorliegen (Erklärung der Absicht an einen Unbetheiligten, die Erklärung abgeben zu wollen, Liegenlassen des fertigen adressirten Briefes auf dem Schreibtisch).

c. Die Erklärung muß an den Andern gerichtet sein, sie ist eine adressirte Erklärung (III.), und

d. sie muß dem Andern zugegangen sein (III.).

Es macht keinen Unterschied, ob die Willenserklärung eine ausdrückliche oder stillschweigende ist, und ebenso kann es keinen Unterschied machen, ob sie unter Anwesenden oder Abwesenden erfolgt.

II. Die empfangsbedürftigen Willenserklärungen bilden die Regelerscheinung. Es gehören dahin die beiderseitigen Willenserklärungen der Vertragsparteien (Bd I, § 50), Vorstellungsmittheilungen (Anzeigen)[2], die Aufforderungen zu Erklärungen (108. 177. 415 ꝛc.), die Anfechtung von Rechtsgeschäften (143), die Wahlakte (263), die Mahnung (284), die Kündigungserklärungen (z. B. 609), Widerrufserklärungen (130), Einwilligungs- und Genehmigungserklärungen (182) ꝛc. Wo das Gesetz nicht direkt die Empfangsbedürftigkeit der Erklärung ausspricht, ist durch Auslegung festzustellen, ob eine solche Erklärung vom Gesetz gewollt ist (z. B. 144). Die Erklärung dieser Erscheinung liegt darin, daß durch die Willenserklärungen regelmäßig auch die Interessen Anderer berührt werden sollen.

S. 75 ff. 1899: Endemann I, §§ 66. 67. Cosack I, §§ 52. 58. 59. Krückmann, S. 303 f. v. Buchka, § 5. Isay, Die Willenserklärung im Thatbestande d. Rechtsgeschäfts, S. 36 ff. 45 ff. Dernburg, Das bürgerliche Recht II S. 119 ff.

[1] Hellmann, a. a. O., § 15 bezeichnet den Gegensatz mit „Willenserklärungen" und „Willensverwirklichungen".

[2] Nicht hierher gehören: 149. 485.

Digitized by Google

III. Die empfangsbedürftigen Willenserklärungen müssen daher nicht nur an bestimmte Andere gerichtet, sondern diesen auch zugegangen sein (130).

A. Das Erforderniß der Richtung. Es genügt nicht, daß objektiv die Möglichkeit der Wahrnehmung durch den Adressaten gegeben ist, sondern der Erklärende muß diese Möglichkeit durch sein Verhalten gesetzt haben, z. B. durch Ueberlieferung des Briefes an die Post. Der Erklärende muß ferner bei Abgabe der Erklärung den Empfang der Willenserklärung durch den Andern in seiner Vorstellung mit umfaßt haben. Die Selbständigkeit dieses Erfordernisses wird dann hervortreten, wenn eine fertige Willenserklärung von dem Andern empfangen ist, aber nicht an ihn gerichtet war, z. B. die Genehmigung nach 177, Abs. 2 wird nach Beginn der Frist dem Gestor erklärt. Das Erforderniß der Richtung ist in gleicher Weise bei stillschweigenden Willenserklärungen zu stellen.

Ist die Willenserklärung mit Richtung auf den Andern abgegeben, so ist die Willenserklärung vollendet. Zur Wirksamkeit ist aber Weiteres erforderlich:

B. Das Erforderniß des Empfanges. Bei den empfangsbedürftigen Willenserklärungen unter Abwesenden treten Errichtung und Empfang auseinander.

Der Empfang ist nicht Errichtungserforderniß, er vollzieht sich später. Der Empfang ist ein zur Willenserklärung hinzutretendes weiteres Thatbestandsmoment.

1. Abwesend sind die Parteien, wenn sie nicht in der Lage sind, ihre Erklärungen einander sofort zur Kenntniß bringen zu können, d. h. ohne Zuhilfenahme von Mitteln, deren Anwendung erheblichen Zeitverlust verursacht. Der Verkehr durch Telephon ist daher ein solcher unter Anwesenden (147, Abs. 1)[1].

2. Die Willenserklärung wird wirksam, sobald sie durch Brief, Telegramm in die Hände oder durch Boten zu Gehör Dessen gelangt, an den sie gerichtet ist (Empfangstheorie).

3. Dem Empfange steht es gleich, wenn die Willenserklärung dem Andern durch den Gerichtsvollzieher zugestellt ist, nach CPO. §§ 166ff., also unmittelbar durch diesen oder durch die Post. Der Erklärende hat dadurch den Vortheil einer öffentlichen Beurkundung des Empfanges. Selbstverständlich ist auch der Gerichtsvollzieher verpflichtet, rechtsgeschäftliche Erklärungen zuzustellen.

[1] Ueber Erklärung unter Anwesenden vgl. auch Fleck, Arch. f. bürg. R. Bd. 15 (1899), S. 411 ff.

Digitized by Google

Ferner steht dem Empfange gleich die öffentliche Zustellung nach CPO. §§ 203 ff. Diese ist statthaft,

a. wenn der Erklärende in entschuldbarer Unkenntniß über die Person Dessen ist, an den die Erklärung gerichtet werden muß, oder

b. wenn der Aufenthalt der Person des Empfängers unbekannt ist.

Die öffentliche Zustellung muß vom Erklärenden nachgesucht werden und wird vom Amtsgericht causa cognita bewilligt. Es findet also richterliche Prüfung der Voraussetzungen statt zur Verhinderung von chikanösen öffentlichen Mahnungen ꝛc. Die Zuständigkeit des Gerichtes ist im Gesetz näher bestimmt (132).

4. Der Empfang ist, wie sich aus Z. 3 ergiebt, keine Handlung, sondern ein passives Verhalten des Empfängers. Wirkliche Kenntnißnahme ist nicht erforderlich, es genügt, daß der Adressat in die Lage versetzt war, von der Erklärung Kenntniß zu nehmen, und zwar so, daß ihm auch die Kenntnißnahme zugemuthet werden konnte. Der Eintritt der Erklärung in die äußere Machtsphäre des Destinatärs[1] genügt daher nicht. Der Empfang soll nun aber den Empfänger zu fernerem Verhalten motiviren, z. B. die Mahnung zur Zahlung. Empfangen kann daher wirksam auch nur Derjenige, der die auszulösende Handlung mit rechtlicher Wirkung vornehmen, z. B. der zahlen kann. So erklärt sich, daß für den Empfang Geschäftsfähigkeit des Empfängers verlangt wird (Bd. I, § 47) und andere Vorschriften über Willenserklärungen Anwendung finden[2]. Auch das Erforderniß des Empfanges hat bei den stillschweigenden Willenserklärungen keine andere Bedeutung. Kenntnißnahme durch den Adressaten kann nur insofern verlangt werden, als sich häufig ein früherer Empfang kaum nachweisen lassen wird[3].

5. Da der Thatbestand der Rechtsgeschäfte mit empfangsbedürftigen Willenserklärungen sich successive verwirklicht, so fragt es sich, ob durch gewisse Thatsachen, die zwischen Abgabe und Empfang eintreten, die Wirksamkeit abgeschnitten wird.

---

[1] So Fritze, a. a. O., S. 214 f. Wie im Text wohl auch Isay, a. a. O., S. 91.

[2] Isay a. a. O. S. 85 ff. verlangt nur Erkenntnißfähigkeit beim Empfänger; jedoch ist seine Deduktion aus 165 u. 166 nicht zutreffend, und die Interpretation von 131 wird dieser Bestimmung kaum gerecht; J. unterscheidet drei Stadien der Vollendung der Erklärung: Abgabe, Zugang, Möglichkeit der Einwirkung auf das Vermögen; auf den Zugang bezöge sich 131, Abs. 1, auf die Möglichkeit 131, Abs. 2. Ich kann diese Unterscheidung in 131 nicht finden.

[3] Vgl. Isay, a. a. O., S. 93 f.

Digitized by Google

a. Der Widerruf macht die Willenserklärung unwirksam, wenn er dem Andern vor oder gleichzeitig mit ihr zugeht. Auf den Empfang kommt es an, weil auch der Widerruf hier eine empfangsbedürftige Willenserklärung ist (130, Abs. 1).

b. Dagegen haben Tod und Eintritt der Geschäftsunfähigkeit oder (arg. a maj. ad minus) Beschränkung der Geschäftsfähigkeit beim Erklärenden nach Abgabe der Willenserklärung keinen Einfluß. Ist der Tod vor Abgabe der Erklärung eingetreten, so ist die Erklärung unfertig. Abgabe der ausdrücklichen Willenserklärung ist unter Abwesenden die Absendung des Briefes, Telegrammes, Boten, bei der stillschweigenden Willenserklärung die Vollendung der schlüssigen Handlung (130, Abs. 2).

Der Tod und die Geschäftsunfähigkeit des Erklärenden, die nach Abgabe der Erklärung eintreten, können aber, wenn die Parteien das wollen, die Wirksamkeit hindern (vgl. 153. 878).

c. Tritt nach Abgabe der Erklärung beim Empfänger Tod, Geschäftsunfähigkeit, Beschränkung der Geschäftsfähigkeit ein, so gilt Folgendes:

α. Bei Tod des Adressaten nach Abgabe der Erklärung wird die Erklärung (Vertragsantrag, Vertragsannahme, Erklärung bei einseitigen Rechtsgeschäften) unwirksam, wenn die Persönlichkeit des Gegners, sei es nach Parteiabsicht, sei es nach der Natur des Geschäftes, wesentlich war, sonst (was bei vermögensrechtlichen Geschäften die Regel ist) ist die Erklärung wirksam. Das Gleiche gilt, wenn bereits zur Zeit der Abgabe der Erklärung der Tod des Adressaten eingetreten war. Die Erklärung muß aber dem Erben bez. dessen Vertreter zugegangen sein.

β. Ebenso liegt es, wenn der Adressat vor oder nach Abgabe der Erklärung geschäftsunfähig geworden ist. Dann ist die Erklärung unwirksam, wenn sie nicht an den gesetzlichen Vertreter des Adressaten gelangt. Ist der Adressat in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so ist die Erklärung wirksam, wenn sie ihm lediglich Vortheil bringt, oder wenn der gesetzliche Vertreter einwilligt. Vorübergehende Bewußtlosigkeit (Schlaf ꝛc.) hindert den Empfang nicht[1].

IV. Die empfangsbedürftige Willenserklärung unter Anwesenden. Hier gelten ebenfalls die unter III. entwickelten Grundsätze. Wir müssen auch in diesem Fall das Erforderniß der Richtung und das Erforderniß des Empfanges aufstellen. Beide

[1] A. M. Cosack I, S. 167, Z. 3. Isay a. a. O. S. 87.

Digitized by Google

werden regelmäßig zusammenfallen. Ihre selbständige Bedeutung tritt aber hervor, sobald die Fälle anormal liegen, z. B. eine Partei ist taub, nur mit Hörrohr hörfähig, oder, weil sprachunfähig, verständigt sie sich durch Schrift, oder es liegt vorübergehende Bewußtlosigkeit vor.

V. Die Willenserklärungen, die gegenüber einer Behörde erfolgen müssen, gehören auch zu den empfangsbedürftigen (I.—IV.). Es gehören hierher z. B. 928. 956. 1945. 1196. In anderen Fällen kann die Erklärung wahlweise dem privaten Betheiligten oder der Behörde gegenüber erfolgen (z. B. 875 f. 1180. 1183). Schreibt dagegen das Gesetz vor, daß eine Erklärung vor einer Behörde erfolgen soll (925. 1317. 2231), so handelt es sich nur um eine Formvorschrift. Während in den Fällen der Willenserklärung gegenüber einer Behörde diese die Stelle des Betheiligten vertritt und sein Interesse auch weiter wahrzunehmen hat (143), ist in den letztgenannten Fällen die Behörde, der Beamte nur Formperson wie die Solennitätszeugen. In den erstgenannten Fällen kann auch schriftliche Erklärung in Frage kommen, in den letzteren nicht.

VI. Den empfangsbedürftigen Willenserklärungen treten die nicht empfangsbedürftigen gegenüber. Bei diesen fällt das Erforderniß des Empfanges stets, nicht immer auch das der Richtung fort (z. B. 149. 485). Es gehören hierher z. B. Auslobung (657), die Ausstellung einer Schuldverschreibung auf den Inhaber (794), das Testament (1937), die Annahme der Erbschaft (1943).

§ 50.

Der Vertrag[1].

Der Vertrag ist eine über das ganze Rechtssystem verbreitete Erscheinung.

[1] Materialien: M. I. S. 161 ff. 182. P. I. S. 74 ff. D. S. 23 ff. BRK. S. 48.

Litteratur: 1888: Bähr, Zur Beurtheilung, S. 13 f. Zróblowski, Kodifikationsfragen, S. 31. 67 f. Bekker, Beitr., H. 2, S. 15 ff. Hölder, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 73, S. 74 f. 80 ff. Unger, Zeitschr. f. d. Priv. u. öff. R., Bd. 15, S. 688. Poland, Bemerkungen, S. 9. Rieszer, Zeitschr. f. d. ges. Handelsr., Bd. 35 (Beil.-H.), S. 408 f. 1889: Kohler, Arch. f. bürg. R., Bd. 1, S. 283 ff. Jacoby, Annalen d. d. Reiches, S. 641 ff. Meischeider, Beitr., H. 3, S. 13. 18 f. Zitelmann, Beitr., H. 7/8, S. 24 ff. 39 f. 119 ff. 135 f. 171. 173. 175. Schilling, Aphorismen, S. 39, Gierke, Der Entwurf, S. 164 f.

Digitized by Google

I. Der Begriff.

Vertrag ist die auf eine rechtliche Wirkung gerichtete und geäußerte Willenseinigung zweier oder mehrerer Personen.

A. Regelmäßig sind am Vertrage zwei Personen betheiligt; es können aber auch mehrere (Gesellschaft) den Vertrag schließen.

B. Der Vertrag fordert Willenseinigung, d. h. die Vertragsparteien müssen bewußt auf die rechtliche Wirkung als eine durch gemeinsames Handeln zu erzielende hinarbeiten. Zielen mehrere Personen selbständig ab auf einen, wenn auch identischen, rechtlichen Erfolg, so liegt noch kein Vertrag vor, und die Rechtswirkungen, die sich daran anknüpfen (Gründung des Vereines, Bd. I, § 31), sind keine vertragsmäßigen. Jede Vertragsparteiwillenserklärung setzt also das Bewußtsein voraus, daß die rechtliche Wirkung durch den übereinstimmenden Willen der anderen Partei mithervorgerufen werden soll. Das ist nicht das Bewußtsein, daß Willensübereinstimmung mit der anderen Partei vorliege.

C. Beim Vertrage liegen mindestens zwei Willenserklärungen vor, die jede der anderen Partei gegenüber abgegeben und entgegengenommen sein müssen, also zwei empfangsbedürftige Willens-

---

Strohal, Jahrb. f. Dogm., Bd. 28, S. 351. 357 ff. Bekker, System II, S. 81 f. 88 ff. 115. 117. Maas, Der Vertragsschluß auf elektrischem Wege. 1890: Hellmann, GA., S. 495 f. Kempf, GA., S. 318 ff. Reatz, GA. S. 1280 f. Rocholl, Vorschläge, S. 40 ff. Meisner, D. Pr. ALR. und d. Entw., S. 36 ff. 1891: Hölder, Pandekten I, § 42. 1892: Krantz, Gruch. Beitr., Bd. 36, S. 57 ff. Auwers, Der Rechtsschutz der automat. Waage (Dissert.) Bähr, Gegenentwurf, S. 21 ff. Jakubezky, Bemerkungen, S. 18 f. 1893: Günther, Das Automatenrecht (Dissert.). Thon, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 80, S. 63 ff. Cretschmar, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 81, S. 157 f. Regelsberger I, §§ 149. 150. 1894: Affolter, Arch. f. bürg. R., Bd. 8, S. 1 ff. mit Nachw. von Kohler, S. 49 ff. 1895: Kuhlenbeck, Rechtsprechung I, S. 265 ff. 279 ff. Jacobi, Jahrb. f. Dogm., Bd. 35, S. 1 ff. 1896: Eck, Allgemeiner Theil § 6. Meisner, Krit. Bemerkungen, S. 1 ff. 1897: Meyer, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 87, S. 77 ff. Hellmann, Vorträge über d. BGB., § 17. Korte, Die Vertragslehre nach dem BGB. Bunsen I, § 25. Tentler, Die juristische Konstruktion d. Versteigerung ꝛc. 1898: Stobbe-Lehmann, III §§ 214—216. Börner, Sächs. Arch. Bd. 8, S, 46 ff. Kuhlenbeck, Von den Pandekten I, S. 346 ff. Goldmann-Lilienthal, S. 98 ff. 110 ff. Enneccerus-Lehmann I, §§ 75—77. Leske, § 28. Bierling, Jur. Prinzipienlehre II, § 23. Weyl I, § 53. 1899: Endemann I, § 69. Cosack I, §§ 52. 58. 59. Krückmann §§ 38. 44. 160. v. Buchka, § 6. Löhe, Das Vertragsangebot nach BGB. Dernburg, Das bürgerliche R. II. §§ 81. 82.

Digitized by Google

erklärungen. Demnach erfolgt von jeder Seite eine *Abgabe* und von jeder Seite eine *Empfangnahme*[1].

Die beiden Erklärungen werden sich regelmäßig zeitlich folgen: der Antrag wird die Annahme hervorrufen, denn ohne Antrag ist auch eine Annahme nicht denkbar. Antrag und Annahme müssen sich aber nicht zeitlich folgen. Eine Erklärung, die als Accept gemeint ist, weil eine Offerte irrthümlich vom Annehmenden vorausgesetzt wurde, kann Offerte sein, und eine Erklärung, die als Antrag gemeint ist, kann, ohne als solcher zu wirken, den Vertrag zum Abschluß bringen (z. B. zwei sich kreuzende Offerten, irrthümliche Nichtannahme einer Offerte und Stellung einer dieser entsprechenden neuen Offerte). Die Parteien können aber ein Interesse daran haben, daß der Antrag *nur* als Antrag, die Annahme *nur* als Annahme gelte, der Vertrag also nur in dieser so bestimmten Weise zu Stande komme. Das wird allerdings die Ausnahme sein. Liegt der Wille aber vor, so muß er Berücksichtigung finden.

D. Der Vertrag fordert weiter *Uebereinstimmung der Parteien über die hervorzurufende Rechtswirkung*. Ob der Vertrag dann unter diesen oder jenen Typus des objektiven Rechtes fällt, hängt davon ab, ob die Uebereinstimmung der Parteien hinsichtlich aller diesem Typus wesentlichen Momente vorliegt.

Einigung muß aber auch vorliegen über *alle* Momente, die der Partei wesentlich erscheinen, ohne die sie den Vertrag nicht will, und die sie kundgegeben hat. Steht über einige solcher Punkte einverstandenermaßen (offener Dissens) die Vereinbarung noch aus, so ist trotz vorhandener sonstiger Einigung *der Vertrag nicht geschlossen*, selbst wenn über die erzielte Vereinbarung eine schriftliche Aufzeichnung (Punktation) vorliegt. Die theilweise Einigung fällt in das Gebiet der unverbindlichen *Vorverhandlungen* (Traktate). Antrag und Annahme sind noch nicht hinreichend geklärt, solange ein Ueberblick über den Gesammtinhalt des Gewollten noch nicht möglich ist. Wollen die Parteien die theilweise Vereinbarung als bindend betrachten, so müssen sie es unzweideutig sagen. In den Vorverhandlungen (Traktaten) kann aber, je nach Lage des Falles, Antrag, verspätete Annahme oder modifizirte Annahme liegen. Ist unter den Parteien einverstandenermaßen Einigung erzielt, aber die *Beurkundung* verabredet, so soll, auch bei Vorliegen einer Punktation, der Vertrag erst mit der Beurkundung geschlossen sein; er ist

[1] Abgesehen von den anormalen Fällen in 151. 152.

Digitized by Google

bis dahin unfertig, folgeweise kann keine Partei auf Vollziehung in bestimmter Form klagen. Unzweideutiger anderer Wille der Parteien setzt auch diese Auslegungsregel außer Anwendung (154).

E. Ob eine Partei einen Vertrag schließen will, ist regelmäßig Sache ihrer freien Entschließung.

Die Verpflichtung einer Partei zum Abschlusse eines Vertrages kann aber durch Gesetz, Vermächtniß oder Vertrag begründet sein.

II. Der Abschluß des Vertrages.

A. Der Antrag.

1. Der Antrag ist das Anerbieten zu einem Vertrage mit der Bedeutung, daß durch seine Annahme der Vertrag zu Stande kommen soll. Gleichgültig ist, welche Partei, z. B. ob Schuldner, Gläubiger, das Anerbieten macht. Ausnahmen können sich in Folge der Formvorschriften ergeben, wie z. B. bei der römischen Stipulation, beim Wechsel. Wesentlich ist:

a. die Vollständigkeit des Antrages in dem Sinne, daß die Annahme den Vertrag zu Stande bringen kann, weitere Verhandlungen nicht nöthig sind. Weitere Verhandlung ist nicht nöthig bei alternativen Anträgen; bei generellen Anträgen, wenn dem Adressaten die Bestimmung, z. B. des Quantums der Waare, überlassen ist; auch zuweilen dann nicht, wenn Vorbehalte über die Vereinbarung einiger Punkte gemacht sind.

b. Die Absicht des Antragenden, daß durch die Annahme der Vertrag zu Stande kommen soll, muß aus dem Antrage hervorgehen. Die Absicht, noch nicht definitiv disponiren zu wollen, kann sich nicht nur aus besonderen Klauseln ergeben, sondern namentlich auch aus der Unvollständigkeit des Antrages (a).

c. Zweifel rufen die Anträge an unbestimmte Personen und an das Publikum hervor. Anträge an unbestimmte Personen und an Jedermann sind wie sonstige Anträge verbindlich, sobald die Individualität des anderen Kontrahenten dem Antragsteller gleichgültig ist und die Absicht des Antragstellers, definitiv disponiren zu wollen, klarliegt, auch der Antrag sonst den Erfordernissen eines solchen entspricht (a). Dem Erklärenden darf hier keine andere Deutung seiner Erklärung untergeschoben werden, als diese Erklärung und die sie begleitenden Umstände ergeben. In den meisten öffentlichen Anpreisungen wird es entweder an dem Requisit a oder b fehlen. Namentlich wird vielfach der Reklamezweck offen zu Tage liegen. Es besteht kein Bedürfniß, den Dritten zu schützen. Ist die Erklärung als Offerte zu deuten, und würde der Erklärende sagen,

Digitized by Google

er habe eine solche nicht machen wollen, so behauptet er, sich innerlich reservirt zu haben (116). Liegt eine wahre Offerte an das Publikum vor, wie z. B. in dem Ausstellen eines Waarenautomaten, so bringt jede richtige Annahme den Vertrag zu Stande, und dann folgt selbstverständlich, daß bei verschuldeter Nichtleistung der Antragsteller auf das Erfüllungsinteresse haftet[1].

Fehlen dagegen, wie es bei öffentlichen Anerbietungen durchaus die Regel ist, die Voraussetzungen eines Vertragsantrages, so haben wir es nur mit Anreizungen zu thun, die Offerten von Seiten Dritter hervorrufen sollen (z. B. Ausstellen von Waaren mit Preisen ꝛc.).

2. Der Antrag ist empfangsbedürftige Willenserklärung. Daher ist seine rechtliche Wirksamkeit davon abhängig, daß er an den Adressaten gelangt ist. Es liegt dann ein fertiger Antrag vor (Bd. I, § 49).

3. Der fertige Antrag hat doppelte rechtliche Bedeutung.

a. Er bindet den Antragsteller, d. h. er ist unwiderruflich in dem Sinne, daß der Antragsteller nicht mehr widerrufen kann, nicht nur nicht darf. Diese Gebundenheit entspricht dem Bedürfnisse des Verkehres und der vernünftigerweise anzunehmenden Absicht des Antragstellers[2]. Der Antragsteller kann aber die Gebundenheit ausschließen; in diesem Falle trifft ihn die Beweislast. Der Vorbehalt der Unverbindlichkeit muß dem Adressaten spätestens mit dem Antrage zukommen und kann auch ein eingeschränkter sein (Ungebundenheit bis zur Absendung der Annahmeerklärung) (145).

b. Der fertige Antrag ist annahmefähig.

4. Der fertige Antrag verliert seine rechtliche Bedeutung. Sowohl die Gebundenheit hört auf, und zwar so, daß auch nicht etwa ein widerruflicher Antrag bestehen bleibt, als auch

---

[1] Biermann, Jahrb. f. Dogm., Bd. 32 (1893), S. 298 ff. dem Meisner, Krit. Bemerkungen, S. 12 ff. folgt, verlangt in weitem Umfange die Verbindlichkeit öffentlicher Anpreisungen als Offerten an das Publikum. Seine Ausführungen sind von Zschimmer, Die Offerten an das Publikum (Dissert. 1897), widerlegt. Vgl. Neumond, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 89 (1899), S. 166 ff. Die Offerten an das Publikum lehnt überhaupt ab Rehbein, S. 210.

[2] Die Gebundenheit bewirkt aber keine Einschränkung der Verfügungsmacht des Offerenten über sein Recht, über welches er in der Offerte verfügt hat. Ueber die Folgen der Bindung beim dinglichen Vertrage vgl. Cosack I S. 168 unter a. und gegen ihn Hellmann, Krit. V. J. Schr., Bd. 40 (1898) S. 182.

Digitized by Google

die Annahmefähigkeit. Der Antrag erlischt also. Das Erlöschen des Antrages tritt ein

a. bei Tod, Geschäftsunfähigkeit einer der Parteien gemäß dem Bd. I, § 49 Bemerkten (153. 130, Abs. 2);

b. durch Widerruf, wenn der Antragsteller (Z. 3a) die Gebundenheit ausgeschlossen hatte. Der Widerruf wirkt erst, wenn er dem Adressaten zugekommen ist. Wie lange kann nun der Antragsteller widerrufen, muß der Widerruf dem Adressaten zugekommen sein, bevor Letzterer die Annahmeerklärung abgegeben hat, oder bevor sie durch Empfang seitens des Antragstellers wirksam geworden ist? Das Letztere ist der Fall;

c. durch Ablehnung. Diese ist empfangsbedürftige Willenserklärung, wird also erst wirksam mit dem Empfang seitens des Antragstellers. Gleichgültig ist, ob die Ablehnung innerhalb der Annahmefrist oder nach Ablauf derselben erfolgt. Die Ablehnung kann widerrufen werden, solange sie noch nicht wirksam geworden ist (130. 146);

d. durch Zeitablauf, wenn die Annahme nicht innerhalb der Annahmefrist erfolgt.

α. Ist vom Antragenden bei Verhandlung unter Abwesenden[1] oder Anwesenden eine Frist ausdrücklich oder stillschweigend gesetzt, so kann die Annahme nur innerhalb der Frist erfolgen. Ist eine Bedenkzeit ohne Festsetzung ihrer Dauer bestimmt, so ist die Frist entweder nach den Umständen oder nach 147, Abs. 2 (s. γ.) zu bemessen (148).

β. Ist bei einem Antrage unter Anwesenden (Bd. I, § 49) keine Frist gesetzt, so muß Annahme sofort erfolgen. Das „sofort" ist nach Lage des Falles zu bestimmen. Auch in diesem Fall ist ein Aufschub[2] möglich und gewöhnlich (147, Abs. 1).

γ. Ist bei einem Antrage unter Abwesenden keine Frist gesetzt, so kann die Annahme erfolgen bis zu dem Zeitpunkt, in welchem der Antragsteller die Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf. Bei der Feststellung der gesetzlichen Annahmefrist kommen daher in Betracht: die Zeit der Beförderung des Antrages; hier ist die Art des Beförderungsmittels (Bote, Brief, Telegramm) zu beachten; die Erledigungszeit, d. h. die Zeit, in

[1] Verhandlungen durch Boten sind solche unter Abwesenden: Fleck, Arch. für bürg. R. Bd. 15 (1899), S. 409 ff. 413 f.

[2] So auch bei telephonischem Austausch von Person zu Person.

Digitized by Google

der die Annahme durch den Adressaten hätte abgesendet werden müssen; wo sich in der Verkehrssitte eine Frist gebildet hat, ist diese zu berücksichtigen, sonst die Umstände des Falles, z. B. bei Anträgen an Behörden, Korporationen wird die Erledigungsfrist danach zu bemessen sein, daß ein verfassungsmäßiger Beschluß gefaßt werden kann; die Zeit der Beförderung der Annahme; hier kommt es auf die Art der Beförderung an, die ordnungsmäßig vom Adressaten hätte gewählt werden sollen. Der Adressat wird in der Regel ein ebenso geeignetes Beförderungsmittel wählen müssen als der Antragsteller (Telegramm auf Telegramm), er wird dasjenige wählen müssen, welches ihm vom Antragsteller vorgeschrieben ist. Was ferner die Beförderungszeiten für Antrag und Antwort angeht, so darf angenommen werden, daß die Beförderungsmittel, die in Frage sind, regelmäßig funktioniren. Bei solchen Beförderungsmitteln ungewöhnliche Verzögerungen kommen also nicht in Betracht (147, Abs. 2). Hat der Antragsteller die Verzögerung vorausgesehen, oder ist ihm die Verzögerung nach Absendung bekannt geworden, so hat er die Verspätung einzurechnen. Vom Adressaten vorhergesehene wie nicht vorhergesehene Verspätungen treffen den Adressaten[1].

B. Die Annahme.

Annahme ist diejenige Handlung des Adressaten, durch welche er seine Uebereinstimmung mit dem gestellten Antrage kundgiebt. Wesentlich ist jedoch nur die Vorstellung des Annehmenden, daß eine Willenseinigung herbeigeführt werde. Diese Vorstellung ist gegeben, wenn die Annahme im Hinblick und mit Rücksicht auf einen Antrag erfolgt. Die Annahme ist entweder und zwar regelmäßig empfangsbedürftige Willenserklärung oder sonstige Willensäußerung.

1. Die Annahme als empfangsbedürftige Willenserklärung.

a. Sie muß an den Antragsteller gerichtet sein und, um wirksam zu werden, von diesem empfangen sein. Bis zu diesem Zeitpunkt ist Widerruf der Annahme möglich (130, Abs. 2).

b. Nur mit dem Antrage schlechthin korrespondirende Annahme wirkt als Annahme.

c. Die Annahme wirkt als Annahme nur, solange sie auf den Antrag trifft, nicht mehr, wenn dieser erloschen ist.

d. Der gewöhnliche Fall ist der der Annahme durch ausdrückliche Erklärung, sowohl bei Anträgen, die unter Anwesenden,

[1] Vgl. noch die besonderen Bestimmungen in 151. 152. Unger, Jahrbücher f. Dogm., Bd. 33 (1894), S. 344 ff.

Digitized by Google

wie bei solchen, die unter Abwesenden gestellt sind. In beiden Fällen kann nun auch die Annahme unter Abwesenden wie unter Anwesenden erfolgen. Bei dem unter Anwesenden gemachten Antrage kann die Annahme unter Abwesenden, wenn eine Annahmefrist gesetzt war, erfolgen. Die stillschweigende Annahme, also auch die durch schlüssiges Schweigen, unter Anwesenden ist zweifellos zulässig; unter Abwesenden unterliegt sie dem Bedenken, daß der Antragsteller auf Schlußfolgerungen angewiesen und deshalb leicht in Unsicherheit sein kann. Es entscheiden die ausgesprochene Parteiabsicht und die Verkehrssitte. Stillschweigende Annahme ist also jedenfalls unzulässig, wenn der Antragsteller ausdrückliche Antwort verlangt hatte oder die Verkehrssitte solche fordert. Ist die stillschweigende Annahme rechte Annahme, so muß sie, wie die ausdrückliche, dem Antragsteller zugekommen sein, d. h. der Antragsteller muß Kenntniß von ihr erhalten haben, und zwar innerhalb der Annahmefrist. Eine weitere Frage ist dann die: Kann der Antragsteller auf die Kenntnißnahme verzichten? Ein solcher Verzicht wäre Bestandtheil des Antrages, bedarf also der Annahme von Seiten des Adressaten, die, um wirksam zu sein, dem Antragsteller zugekommen sein muß. Daraus folgt, daß der Vertrag der Regel entsprechend nur zu Stande kommt durch Empfang der Annahme; die Wirkungen des Vertrages werden hier aber der Parteiabsicht entsprechend auf den Moment der Abgabe der Annahmeerklärung zurückdatirt.

2. Annahme nicht dem Antragsteller gegenüber. In gewissen Fällen wird nicht gefordert, daß die Annahme gegenüber dem Antragsteller erklärt werde, nämlich

a. wenn eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht erwartet wird, und

b. wenn der Antragsteller auf sie verzichtet hat.

In diesen Fällen erfolgt die Annahme durch jede Bethätigung des Annahmewillens. Die Annahmehandlung ist weder an den Antragsteller gerichtet, noch muß er Kenntniß von ihr erhalten.

Wann der Antrag erlischt, und wann die Annahme wirksam ist, ob schon mit Beginn oder mit Vollendung der Annahmehandlung, bestimmt sich aus dem Antrage, den Umständen und der Verkehrssitte (151)[1].

3. Die Bedeutung der wirksamen Annahme liegt

[1] Vgl. 516. 663. 700. Auf einem verwandten Gedanken beruht die allgemeine Bestimmung in 152.

Digitized by Google

darin, daß mit ihr der Vertrag geschlossen ist. Bei ausdrücklicher Annahme also mit dem Empfang der Annahmeerklärung auf Seiten des Antragstellers. Bei stillschweigender Annahme mit der Kenntniß des Antragstellers; im Falle des Schweigens, sobald die Ablehnung erwartet werden konnte und ausblieb, d. h. in schlüssiger Weise ausblieb; die Frist muß also verstrichen sein; in den Fällen unter Z. 2 mit dem Beginn bez. mit der Vollendung der Annahmehandlung, und zwar für beide Parteien. Der Moment des Vertragsabschlusses ergiebt sich dementsprechend. Erfolgt die Annahme unter Abwesenden, so findet eine Rückdatirung auf den Moment der Absendung der Annahmeerklärung nicht statt. Im Falle des Schweigens ist der Zeitpunkt des Vertragsschlusses gegeben mit dem Ablauf der Frist, innerhalb welcher die Ablehnung erwartet werden durfte. Im Falle Z. 2 liegt der Vertragsschluß im Zeitpunkte der Bethätigung des Annahmewillens[1].

4. Verspätete und modifizirte Annahme.

a. Verspätete Annahme gilt als neuer Antrag, d. h. der Antragsteller muß seinerseits annehmen; möglicherweise genügt Schweigen (150, Abs. 1). Ist die rechtzeitig abgesandte Annahmeerklärung, die also bei regelmäßiger Beförderung rechtzeitig zugegangen wäre, verspätet beim Antragsteller eingelaufen, und mußte der Antragsteller diese Umstände erkennen, so hat er dem Annehmenden die Verspätung (nicht etwa seinen Rücktritt) unverzüglich nach Empfang anzuzeigen; verzögert er diese Anzeige, so gilt die Annahme als nicht verspätet. Es tritt weder allein Schadensersatzpflicht noch Schadensersatzpflicht neben der Wirkung der Annahme ein. Der Vertrag ist also geschlossen durch Annahme und im Momente des wirklichen Eintreffens der Annahme beim Antragsteller. Die Vorschrift bezieht sich nur auf ausdrückliche Annahme, da bei der stillschweigenden „regelmäßige Beförderung" fehlt. Der stillschweigend Annehmende trägt also somit die Gefahr. Die Verspätung bezieht sich sowohl auf die gesetzliche wie die gesetzte Annahmefrist. Der Antragsteller hat den Eingang der Annahmeerklärung nicht abzuwarten; er kann anzeigen, sobald die Frist verstrichen ist. Er genügt seiner Pflicht durch ordnungsmäßige Absendung der Anzeige (149)[2].

---

[1] Wird bei der Beurkundung eines Vertrages Antrag und Annahme getrennt beurkundet, so kommt der Vertrag im Zweifel mit der Beurkundung der Annahme zu Stande. Eck, Allgem. Theil, S. 63.

[2] Die Vertheilung der Beweislast ist streitig. Vgl. einerseits Cosack,

Digitized by Google

b. Modifizirte Annahme, d. h. Annahme unter Erweiterungen, Einschränkungen oder sonstigen Aenderungen, gilt als Ablehnung, verbunden mit einem neuen Antrag. Jedoch handelt es sich hier nur um eine Auslegungsregel. Es kann auch Annahme, soweit die Offerte reicht, und bez. der Modifikationen allein ein neuer Antrag oder völlige Ablehnung ohne neue Offerte vorliegen (150).

III. Die Versteigerung.

Bei der Versteigerung handelt es sich um eine eigenartige Form, in der beim Abschluß von Kauf-, Mieth-, Pacht- oder Werkverträgen verfahren wird oder auch nach gesetzlicher Vorschrift verfahren werden muß (CPO. §§ 814 ff. ZVG. §§ 66 ff.). Vielfach ist öffentliche Versteigerung vorgeschrieben (383. 461. 489. 753. 966. 979. 1219 ff. 1235. HGB. §§ 220. 290. 373. 376. 379. 388). Oeffentliche Versteigerung ist die durch einen für den Versteigerungsort bestellten Gerichtsvollzieher oder zu Versteigerungen befugten anderen Beamten oder öffentlich angestellten Versteigerer öffentlich erfolgte Versteigerung. Wer als öffentlicher Versteigerer befugt ist, bestimmt sich nach Reichsrecht (Gew.O. § 36) und Landesrecht[1].

Die Vertragsparteirolle soll entweder dem Meistbietenden (Auktion) oder dem Mindestbietenden (Submission) zufallen. Sache der Auslegung ist es, im einzelnen Falle, besonders aus den Versteigerungsbedingungen, festzustellen, wie die Rollen des Antragstellers und des Adressaten sich vertheilen. Es ist möglich, daß der Versteigerer (z. B. der Verkäufer) die Offerte stellt, und daß der Bietende diese durch sein Gebot annimmt. Der Vertrag kommt dann zum Abschluß zwischen dem Versteigerer und dem Bietenden, aber unter der auflösenden Bedingung, daß kein höheres Gebot abgegeben wird. In diesem Falle ist der Vertrag mit dem Ueberbietenden unter der gleichen auflösenden Bedingung geschlossen. Eine definitive Entscheidung ergiebt sich mit dem Schluß der Versteigerung. Der Zuschlag hat bei dieser Auslegung nur die Bedeutung einer den geschehenen Vertragsschluß hervorhebenden Handlung. Diese Auslegung wird nach Dem, was über den Vertragsantrag (II.) gesagt ist, in seltenen Fällen die zutreffende sein. Gewöhnlich will der Versteigerer durch die Veranstaltung der Versteigerung nur den Anreiz zu Offerten

Lehrb. der Handelsr., 4. Aufl., S. 133 unter II, andererseits Planck, zu 149. Rehbein, S. 220.

[1] Vgl. Mecklenb.-Schwer. AV. z. BGB. § 37. Mecklenb.-Strel. AV. z. BGB. § 37. Sachsen-Weim. AG. z. BGB. § 29. Sachs. AV. z. BGB. § 9.

Digitized by Google

geben; letztere liegen in dem Gebot. Jedes frühere Gebot wird aber unter der Einschränkung gemacht, daß es nur gelten solle, solange ein Uebergebot nicht vorliegt, und nur bis zum Ende des Versteigerungstermines, wenn dieser ohne Zuschlag geschlossen wird. Der Versteigerer hat die Rolle des Annehmenden, und der Zuschlag ist hier Annahme der Offerte. Dahin geht die dispositive Bestimmung in 156 (vgl. noch Bd. I, § 104)[1].

IV. Ueber besondere Erscheinungsformen des Vertrages und den Vorvertrag vgl. Bd. I, § 85.

§ 51.

Form der Willenserklärung[2].

I. Die Form im Allgemeinen.

Die Form bezieht sich auf die Willenserklärung beim Rechtsgeschäft, und zwar entweder so, daß alle oder nur gewisse Willenserklärungen eines bestimmten Rechtsgeschäftes der Form-

[1] Ueber die Beurkundung von Versteigerungen: GFG. § 181.

[2] Materialien: M. I. S. 178 ff. P. I. S. 71. 75. 87 ff. 99 ff. V, S. 429 ff. VI. S. 32 f. 130 ff. D. S. 21 ff. BRK. S. 39 ff. Denkschr. z. GFG., S. 80 ff. BRK. z. GFG., S. 157 ff.

Litteratur: 1888: Hölder, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 73, S. 88 ff. Klöppel, Gruch. Beitr., Bd. 32, S. 638 f. Schilling, Aphorismen, S. 40 ff. Bähr, Zur Beurtheilung, S. 13 f. Rudloff, Arch f. d. civ. Pr., Bd. 73, S. 234 f. 1889: Jacoby, Annalen d. d. Reichs, S. 652 ff. Gierke, Der Entw., S. 165. Zitelmann, Beitr., H. 7/8, S. 152 ff. 177. Pr. Landes-Oek.-Koll., S. 2 ff. 123 ff. 217 f. 250 f. 471 ff. 477 ff. 488. Bekker, System II, S. 298. Maas, Der Vertragsschluß auf elektrischem Wege, S. 84 ff. 1890: Boyens, GA., S. 1051. Hellmann, GA., S. 497. Rocholl, Vorschläge, S. 45 ff. Stolterfoth Beitr., S. 66. Meisner, Das Pr. ALR. u. d. Entw., S. 48 ff. 1891: Hölder, Pandekten I, § 41. 1892: Krantz, Gruch. Beitr., Bd. 36, S. 57 ff. Bähr, Gegenentw., S. 25 f. Jakubezky, Bemerkungen, S. 20 f. 1893: Regelsberger I, § 137. 1896: Meisner, Krit. Bemerkungen, S. 27 ff. Eck, Allgem. Theil, § 5. 1897: Meyer, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 87, S. 77 ff. Hellmann, Vortr. über das BGB., § 16. Tränkner, Sächs. Arch., Bd. 7, S. 321 ff. Bunsen I, § 20. Stammler, D. Jur.-Ztg., Jahrg. 2, S. 434 f. Weisler, ebenda, S. 136 ff. 158 ff. 460 ff. 1898: Eccius, D. Jur.-Zeitung, Jahrg. 3, S. 26 ff. Weisler, ebenda, S. 39 f. Meisel, ebenda, S. 42 f. Eck, ebenda, S. 16 f. Enneccerus-Lehmann I, §§ 67—70. 77. Leske, § 25. Weyl I, § 49. Goldmann-Lilienthal, S. 117 ff. 1899: Endemann I, § 65. Cosack I, § 60. v. Buchka, § 5. Isay, Die Willenserklärung im Thatbestande des Rechtsgeschäftes, S. 52. Hachenburg, Das BGB. (2. Aufl.), S. 81 ff. Löwe, Die Form der Rechtsgeschäfte im BGB. (Diss.).

Digitized by Google

vorschrift unterliegen. Danach wird das Rechtsgeschäft selbst ein formelles genannt. Die Thatbestandsmomente (Realakte ꝛc.) sind dagegen nicht Formen des Rechtsgeschäftes.

A. Die vom Recht ausgesprochene Gebundenheit der Partei an eine oder (alternativ) an mehrere Aeußerungsmittel macht die Willenserklärung zu einer formellen, nicht die Mittel an sich. Das BGB. stellt nur für gewisse Willenserklärungen eine Formvorschrift auf. Die Gebundenheit bedeutet nicht einen wohlgemeinten Rath, sondern nur die Beachtung der Form soll die privatrechtliche Wirksamkeit oder doch die volle privatrechtliche Wirksamkeit der Willenserklärung nach sich ziehen (125).

B. Wo diese Gebundenheit nicht vorliegt, herrscht Formfreiheit (formloses Rechtsgeschäft). Im Gebiete der Formfreiheit können aber die Parteien für ein zu errichtendes Geschäft oder für die etwa später an das errichtete Geschäft sich anschließenden späteren Willenserklärungen (Kündigung, Mahnung ꝛc.) eine Form vereinbaren. Eine solche Bestimmung kann sich beziehen auf einen Vertrag oder ein einseitiges Rechtsgeschäft (z. B. Kündigung); sie kann selbst ein Vertrag (auch ein stillschweigend geschlossener), aber auch Stiftungsgeschäft oder letztwillige Verfügung sein. Es kann auch der Antragsteller im Antrage die Annahme in bestimmter Form vorschreiben. Niemand kann aber wirksam durch einseitiges Rechtsgeschäft sich selbst für künftige Rechtsgeschäfte Formvorschriften setzen.

Die Parteien können gesetzliche Formvorschriften weder beseitigen noch erleichtern und auch nicht erschweren, soweit das künftige Rechtsgeschäft auch für dritte Personen Interesse hat. Eine durch Parteibestimmung gesetze Formvorschrift kann auch durch die Parteien wieder aufgehoben werden. Eine solche Aufhebung wäre in der Leistung und deren Annahme zu erblicken. Die Parteibestimmung ist immer nur dann gültig, wenn die Bestimmenden über die Wirkung des zu errichtenden Geschäftes verfügen können.

II. Die Formen des BGB. sind entweder für gewisse Arten von Rechtsgeschäften oder für einzelne Geschäfte vorgeschrieben. Nur gewisse Formen sind allgemein geregelt.

A. Die Schriftform. Es genügt nicht irgend welche schriftliche Formgebung, sondern nur eine bestimmte, die zugleich eine Privaturkunde im Sinne der CPO. § 416 herstellt.

1. Die Urkunde muß vom Aussteller mit seinem Namen[1] oder

[1] Auch von Bevollmächtigten mit dem Namen des Vollmachtgebers? So Regelsberger I, S. 497, Note 14. Vgl. aber M. I. S. 185. Verlangt ist

Digitized by Google

mit einem gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichen[1] unterzeichnet sein, eine Vertragsurkunde also von allen Parteien, auch bei Verträgen, die dem einen Theile nur Vortheile einräumen (Bürgschaft, Erlaß, zweiseitige Schriftlichkeit)[2]. Werden aber über den Vertrag mehrere gleichlautende Urkunden aufgenommen, so genügt es, wenn jede Partei die für die andere Partei bestimmte Urkunde unterzeichnet. Ueberall ist verlangt die Unterzeichnung; daher ist kein Quervermerk zulässig. Der Gebrauch von Stempeln (an Stelle der Namensunterschrift)[3], ebenso der des Titels ohne Namensunterschrift ist nicht zulässig. Da gleichlautende Urkunden bei Verträgen verlangt werden, fällt der Ersatz durch bloßen Briefwechsel fort. Blanketts sind dagegen nach Maßgabe des Vorstehenden gestattet[4]. Zeit und Ort der Ausstellung sind nicht wesentliche Erfordernisse der Schriftform.

2. Ein Uebereignen und Empfangen (Aushändigung) ist zwar zweckdienlich, aber nicht wesentlich zur Erfüllung der Schriftform (126, Abs. 1. 2).

3. Die Schriftform wird durch die notarielle oder gerichtliche Beglaubigung ersetzt (126, Abs. 3).

4. Die Anforderungen (1—3) gelten in gleicher Weise für die gesetzliche wie die gewillkürte[5] Vorschrift der Schriftform. Im letzteren Falle aber nur im Zweifel. Hier genügt zur Wahrung der Schriftform das einfache Telegramm, bei Verträgen der Austausch zweier oder mehrerer Telegramme, vorausgesetzt, daß sie vom Absender herrühren. Eigenhändige Unterschrift der Telegramme und Briefe ist nicht gefordert[6]. Den Parteien bleibt aber das Recht, nachträglich die Beurkundung in regulärer Weise (1.—3.) zu verlangen. Das Bedenken, das bei der regulären Form allerdings auch nicht ganz zu beseitigen ist, tritt hier besonders hervor, daß der

---

„Eigenhändigkeit" der Unterschrift und auch des Handzeichens. Lenel, Jahrb. f. Dogm., Bd. 36, S. 25, Note 2. S. 26, Note 2. Rehbein, S. 156. Hölder, Komment. S. 281.

[1] Nicht auf Schreibensunfähige beschränkt.

[2] Anders natürlich in den Fällen, in denen das Gesetz bei Schuldverträgen nur für das Versprechen die Schriftform vorschreibt: 761. 766. 780.

[3] Ausnahme: 793, Abs. 2 (Inhaberpapiere). HGB. §§ 181. 426. Z. 9.

[4] M. I. S. 185. Zweifelnd Hellmann, a. a. O., S. 76.

[5] Wenn die Schriftform thatsächlich gewählt, aber weder gesetzlich noch willkürlich bestimmt war, so gelten die Vorschriften nicht. Vgl. M. I. S. 187.

[6] Eck, Allgem. Theil (96), S. 58. Rehbein, S. 158. A. M. Cosack I, S. 187, Note 12 und bez. der Briefe auch Hölder, Komment. S. 283 f.

Digitized by Google

Empfänger des Telegrammes nicht in der Lage ist, die Echtheit der telegraphischen Erklärung zu prüfen. Der Briefwechsel ist dem Telegramm beim Vertrage gleichgestellt (127).

5. Hauptfälle, in denen die Schriftform gefordert wird, sind: das Stiftungsgeschäft unter Lebenden (81), Mieth- und Pachtverträge über Grundstücke auf die Zeitdauer von mehr als einem Jahre (566. 581), das Leibrentenversprechen (761), die Verbürgung (766), das Schuldversprechen und Schuldanerkenntniß (780. 781, vgl. aber 782), die Anweisung (783. 784. 792), die Schuldverschreibung auf den Inhaber (793 5. 111. 368. 416. 1154) ꝛc. Eine verschärfte Schriftform besteht beim holographischen Testament (2231, 2267, vgl. Bd. II, § 129).

B. Beglaubigung der Beurkundung und öffentliche Beurkundung.

1. Beglaubigung der Urkunden (129). Beglaubigte Urkunden verlangt das Gesetz entweder so, daß die Beglaubigung der Unterschrift von irgend welchen zuständigen Behörden, Beamten oder Notaren erfolgt ist, oder daß sie eine gerichtliche oder notarielle sein muß.

Die Erklärung muß schriftlich (A.) abgefaßt sein, und Gegenstand der Beglaubigung ist die Unterschrift des Erklärenden. Bei Unterzeichnung durch Handzeichen ist Gegenstand der Beglaubigung dieses. Die Beglaubigung des Handzeichens ist stets gerichtliche oder notarielle, wie bei der Schriftform.

Die öffentliche Beglaubigung kann immer durch die gerichtliche oder notarielle Beurkundung ersetzt werden.

Die Zuständigkeit und das Verfahren bei Beglaubigungen bestimmen sich nach GFG. §§ 167. 183 f. oder nach Landesrecht[1]. Wo das Gesetz ferner alternativ Beglaubigung in gerichtlicher oder notarieller Form vorschreibt, kann das Landesrecht eine Form ausschließlich bestimmen (EG. Art. 141). Das Landesrecht kann auch gemäß GFG. § 191 andere Behörden von der Beglaubigung ausschließen oder sie ihnen gestatten[2].

Die öffentliche Beglaubigung wird nach dem BGB. verlangt: für Akte des Vereinsrechtes (66, Abs. 2. 71. Absatz 2. 77), für die Anfechtung der Ehe nach dem Tode des anderen Ehegatten (1342), für den Verzicht eines Abkömmlinges auf seinen Antheil am Gesammt-

[1] Vgl. Mecklenb. (-Schwer.,-Strel.) AV. z. BGB. § 4. Dazu Langfeld, S. 18 f.

[2] Ueber die Bedeutung der beglaubigten Urkunden vgl. auch CPO. §§ 415. 416.

Digitized by Google

gut bei fortgesetzter Gütergemeinschaft (1491), für die Aufhebung der fortgesetzten Gütergemeinschaft durch den überlebenden Ehegatten (1492. 1560. 1577. 1662. 1706), für die Anfechtung der Ehelichkeit nach dem Tode des Kindes (1597. 1599), für die Ausschlagung der Erbschaft (1945, vgl. 1955), für die Bestimmung des Testamentsvollstreckers (2198) ꝛc. In einem Falle gewährt sie *Vortheile* (1155), und in einer Reihe von Fällen kann eine *Partei*, welche die Uebergabe oder Errichtung einer Urkunde verlangen darf, *sie in dieser Form verlangen* (371. 403. 1154. 1155. 411. 444. 1035. 1372. 1528. 2120. 2121. 2215. GBO. § 29 ꝛc.).

2. *Oeffentliche Beurkundung* (128). Die öffentliche Beurkundung kennt das BGB. entweder derart, daß die Urkunden von irgend welchen zuständigen Behörden oder Beamten herrühren oder vom Gericht (Grundbuchamt) oder Notar. Hierher gehören nur die Fälle, in denen das Geschäft nur der gerichtlichen oder notariellen *Beurkundung* als Form bedarf, nicht auch diejenigen, in denen das Geschäft vor einer Behörde auch *geschlossen* sein muß (C.).

Bei der öffentlichen Beurkundung von Verträgen können die Parteien ihre Erklärungen vor der Urkundsperson einander gegenüber *abgeben*; es kann aber auch jeder Theil seine *Vertragserklärung* (Antrag, Annahme) *getrennt* abgeben. Der Schluß des Vertrages käme dann zu Stande durch Austausch der beurkundeten Erklärungen von Partei zu Partei. Dieser Austausch ist nach den Grundsätzen des Vertragsschlusses nothwendig. Zur Erfüllung der Form wäre also auch die Beurkundung dieses Austausches unerläßlich. Nach 129 braucht sich die Beurkundung aber hierauf nicht zu erstrecken. Damit ist nicht etwa das Erforderniß des Austausches beseitigt; es fällt nur seine Beurkundung fort. Außerdem greift die Vorschrift in 152 ein, nach der im Zweifel auch der Vertrag schon mit der *Beurkundung* der Annahmeerklärung geschlossen sein soll. Ueber Zuständigkeit und Verfahren bei der Beurkundung gilt das Gleiche wie für die Beglaubigung (GFG. §§ 167 ff. 198. EG. Art. 141).

Die öffentliche Beurkundung[1] wird vom BGB. gefordert für das Schenkungsversprechen (518), für gewisse Belastungs- und Veräußerungsgeschäfte (311. 312. 313), für den dinglichen Vertrag im Grundstücksrecht (873. 877. 880), für eine Reihe familienrechtlicher und erbrechtlicher Geschäfte (1491, Abs. 2. 1516, Abs. 2. 1517. 1730. 1748, Abs. 3. 1501. 2282, Abs. 3. 2291. 2292. 2296.

[1] Vgl. 81, Abs. 2.

Digitized by Google

2033. 2348. 2352. 2371). Während das BGB. in diesen Fällen gerichtliche oder notarielle Beurkundung verlangt, ist für die Anerkennung der Vaterschaft ehelicher oder unehelicher Kinder nur öffentliche Urkunde gefordert (1718. 1720). Vgl. GFG. § 167, Absatz 2.

Bei der notariellen oder richterlichen Beurkundung ist unter Umständen die Zuziehung weiterer Urkundspersonen (Gerichtsschreiber, zweiter Notar, Zeugen, Dolmetscher) erforderlich.

C. Geschäftsabschluß vor einer Behörde oder Notar. Diese Form verlangt gleichzeitige Anwesenheit der Parteien vor der Behörde, Abgabe der Erklärungen vor ihr und deren Beurkundung. Es gehören nicht hierher die Willenserklärungen gegenüber einer Behörde (Bd. I, § 49). Geschäftsabschluß vor der Behörde (Grundbuchamt, Standesamt, Gericht, Notar) ist nothwendig bei der Auflassung (925. 1015), bei der Eheschließung (1317), bei Eheverträgen (1434), Annahme zum gemeinschaftlichen Kinde (1750. 1770), Testament (2231 ff. 2267) und Erbvertrag (2276. 2290). Vgl. GFG. § 167, Abs. 1.

Im Falle der Testamentserrichtung und der Eheschließung treten noch weitere Formerforderniße hinzu. In allen diesen Fällen ist die Mitwirkung der Behörde keineswegs gleichartig.

III. Außer den Geschäftsformen kennt das BGB. noch wichtige Rechtsformen von weittragender Bedeutung. Hier handelt es sich um selbständige Voraussetzungen rechtlicher Wirksamkeit von Willenserklärungen, nicht aber um eine Form dieser Erklärungen selbst. Es gehören dahin: die Eintragungen zum Grundbuch, zu den verschiedenen Registern und Rollen (z. B. Vereins-, Heirathsgüterrechtsregister), ferner die behördlichen Genehmigungs- und Bestätigungsakte (80. 795. 1741. 1770).

IV. Der Zweck der Form.

Das Gesetz statuirt die Form im Parteiinteresse; die Anwendung der Form soll auf den Willen und Entschluß wirken und Uebereilung verhüten, einen unzweideutigen und auch vollständigen Ausdruck des Willens herstellen und seinen Inhalt gegen Bestreitung sicherstellen. Auch die Parteien, die eine Form festsetzen, haben diese Zwecke im Auge.

Insofern ist die Form überall auch im öffentlichen Interesse; außerdem kann ein selbständiges öffentliches Interesse an der Formvorschrift bestehen.

Digitized by Google

V. Wirkung der Vernachlässigung der Formvorschrift (125).

A. Die allgemeinen Grundsätze.

Die Vernachlässigung der gesetzlich vorgeschriebenen Form hat Nichtigkeit des Geschäftes zur Folge. Das Gleiche gilt im Zweifel für die Verabsäumung der rechtsgeschäftlich vorgeschriebenen Form. Hier wird der von den Parteien verfolgte Zweck bedeutungsvoll. Es wird vermuthet, daß die Form als Voraussetzung der Gültigkeit des Geschäftes von den Parteien gewollt ist. Das Geschäft ist also vor der Erfüllung der Form nicht geschlossen. Es besteht kein Anspruch auf Vollendung der Form, auch nicht, wenn völlige Einigung vorliegt.

B. Bei der Feststellung der Rechtsfolge der Nichtigkeit wird die Frage nach dem Umfang der für eine Willenserklärung oder ein ganzes Rechtsgeschäft bestehenden Formvorschrift von Bedeutung.

1. Die gesetzliche Formvorschrift bezieht sich selbstverständlich auf alle Bestimmungen, welche die Parteien treffen wollen. Muß aber auch der Vorvertrag zu einem formellen Geschäft in der Form des Hauptgeschäftes geschlossen werden? Ist der Sinn der Formvorschrift der, daß auch ohne Beobachtung der Form eine Wirkung eintreten soll, von der Beobachtung nur eine bestimmt geartete Wirkung abhängt, so bedarf der Vorvertrag nicht der Form des Hauptgeschäftes (Wechselvertrag). Ist aber die Beobachtung der Form Vorbedingung der Wirksamkeit überhaupt, so muß auch der Vorvertrag in dieser Form geschlossen werden. Diesen Sinn haben die Formvorschriften des Gesetzes (125, vgl. 313)[1].

Dahin gehört auch die positive Bestimmung, daß das Schuldanerkenntniß derjenigen Form, die für das Schuldverhältniß, dessen Bestehen anerkannt wird, bestimmt, jedenfalls der Schriftform bedarf (781). Auch für die Zustimmung, Bestätigung und Vollmachtsertheilung zu formellen Geschäften wäre die gleiche Frage aufzuwerfen. Hier ist sie durch die positiven Bestimmungen in 182, Abs. 2. 144. Abs. 2. 167, Abs. 2. im verneinenden Sinne erledigt.

2. Die Tragweite rechtsgeschäftlicher Vorschrift ist durch Auslegung festzustellen. Haben die Parteien, was im Zweifel anzunehmen ist, die Erfüllung der Form als Gültigkeitserforderniß

---

[1] So Stammler, Recht der Schuldverhältnisse (1897), S. 13. Rehbein, S. 207. A. M. zum Theil Endemann II, S. 457, Note 10. Vgl. Regelsberger I, S. 499, Note 22. M. I. S. 184.

Digitized by Google

gewollt, so sind alle nicht formell getroffenen Vereinbarungen nichtig.

3. Formlose Aenderungen des formell geschlossenen Geschäftes sind nur gültig, wenn der Hauptvertrag nicht gesetzlicher Formvorschrift unterliegt.

C. Kann der Mangel der Form geheilt werden? Bei rechtsgeschäftlicher Formvorschrift können die Parteien stillschweigend und ausdrücklich die Vorschrift nachträglich wieder aufheben. Ein solcher Akt läge in der Leistung und ihrer Annahme. Es handelt sich um eine Auslegungsfrage.

Bei gesetzlicher Vorschrift tritt dagegen Nichtigkeit ein, und ist Erfüllung eingetreten, so kann die Leistung kondizirt werden. In einigen Fällen tritt aber Heilung der Nichtigkeit aus verschiedenen Gesichtspunkten ein, oder es wird (Z. 3) die Nichtigkeitsfolge ausgeschlossen:

1. Die Erfüllung macht das wegen Formmangels nichtige Schenkungsversprechen gültig (518, Abs. 2. 2301, Abs. 2). Ebenso liegt es bei der Bürgschaftserklärung (766).

2. Der Vertrag auf Uebereignung eines Grundstückes wird trotz Formmangels gültig durch Auflassung und Eintragung, d. h. durch Erfüllung (313).

3. Der Miethsvertrag nach 566 wird wegen Formmangels nicht durchaus nichtig, sondern gilt als auf unbestimmte Zeit geschlossen.

4. Eine wegen Formmangels nichtige Ehe, die in das Heirathsregister eingetragen ist, ist von Anfang an als gültig anzusehen, wenn sie eine bestimmte Zeit thatsächlich bestanden hat (1324).

§ 52.

Uebereinstimmung von Wille und Erklärung[1].

Häufig erweist sich Das, was nach dem Inhalte der Erklärung als Wille des Handelnden erscheint, nicht als sein wahrer Wille;

[1] Materialien: M. I. S. 189 ff. V. S. 45. P. I. S. 74. 94 ff. 102 ff. VI. S. 122. D. S. 17 ff.

Litteratur: 1888: Bähr, Zur Beurtheilung, S. 14 ff. Schilling, Aphorismen, S. 42 ff. Hartmann, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 73, S. 328 ff. Hölder, ebenda, S. 95 ff. Planck, ebenda, S. 390 f. Unger, Zeitschr. f. Priv.- u. öff. R., Bd. 15, S. 673 ff. 1889: Heinsheimer, Jur. Tag 20, Bd. 2, S. 3 ff. Leonhard, ebenda, S. 23 ff. Kohler, Jahrb. f. Dogm., Bd. 28, S. 166 ff. Jacoby, Annalen d. D. Reiches, S. 654 ff. Jur. Tag 20, Bd. 4. S. 83 ff. 416 ff. Gierke, Der Entw., S. 165 ff. Meischeider, Beitr., H. 3, S. 21 ff.

Digitized by Google

wir entnehmen diese Nichtübereinstimmung aus den die Erklärung begleitenden Umständen.

I. Welche Bedeutung einer solchen Nichtübereinstimmung für die rechtliche Wirkung der Erklärung beizulegen ist, darüber gingen die Ansichten, wie über die Natur des Rechtsgeschäftes überhaupt, sehr erheblich auseinander. Zu beachten ist, daß diese Diskussion sich im Wesentlichen anlehnte an die römischen Quellen.

A. Die früher ausschließlich herrschende, von Savigny begründete Auffassung geht davon aus, daß für die an die Erklärung angeknüpften Rechtsfolgen der Wille des Erklärenden das entscheidende Moment ist. Erweist sich der in der Erklärung zum Ausdruck gelangte Wille als nicht vorhanden, so kann der Erklärung keinerlei rechtliche Bedeutung zukommen, sie ist nichtig (Willenstheorie).

B. Diese Auffassung verkennt aber, daß die abgegebenen Erklärungen für Andere bestimmt sind, auf die Entschließungen Anderer wirken und so die Interessen Anderer in Mitleidenschaft ziehen. Eine strikt durchgeführte Willenstheorie führt, indem sie allein den

---

Bekker, System, Bd. 2, S. 21. 28 f. 56. 63. 65 ff. 138, Anm. V, 141. **1890**: Jacoby, Zeitschr. f. Priv. und öff. R., Bd. 17, S. 145 ff. Hellmann, GA., S. 497 ff. Zitelmann, Beitr., H. 9/10, S. 4 ff. 148 ff. Rocholl, Vorschläge, S. 37. 41. 47 ff. Ofner, Zeitschr. f. Priv.- u. öff. R., Bd. 17, S. 331 ff. Pfizer, Jahrb. f. Dogm., Bd. 29, S. 107 ff. Marcusen, Das negative Vertragsinteresse, S. 27. 38 ff. 42. Bolze, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 76, S. 256 f. 262 ff. Jacoby, Annalen d. D. Reichs, S. 40. Meisner, D. Pr. ALR. und der Entw., S. 59 ff. **1891**: Hölder, Pandekten I, §§ 41. 45. **1892**: Scheurl, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 78, S. 342 ff. Affolter, Arch. f. bürg. R., Bd. 6, S. 280 ff. Bähr, Gegenentw., S. 26 f. Jakubezky, Bemerkungen, S. 22 ff. **1893**: Hölder, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 80, S. 32 ff. Cretschmar, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 81, S. 153 ff. Regelsberger I, §§ 139—142. **1894**: Hinschius, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 83, S. 321 ff. **1895**: Burchardt, Gruch. Beitr., Bd. 39, S. 14 ff. Kuhlenbeck, Rechtsprechung I, S. 164 ff. 176 ff. Strohal, Jahrb. f. Dogm., Bd. 34, S. 359 f. **1896**: Meisner, Krit. Bemerkungen, S. 37 ff. Eck, Allgem. Theil, § 5. **1897**: Hellmann, Vorträge über d. BGB., §§ 16. 20—22. Bunsen I, §§ 22. 23. Bernhöft, Handwörterbuch d. Staatswissenschaft, Supplemtbd. 2, S. 145 ff. **1898**: Börner, Sächs. Arch., Bd. 8, S. 39 ff. Hollander, Zur Lehre vom error nach röm. R. Muskat, Gruch. Beitr., Bd. 42. S. 669 ff. Kuhlenbeck, Von den Pandekten I, S. 343. 390 ff. Goldmann-Lilienthal, S. 83 f. 88 ff. Weyl I, §§ 46. 47. Grueber, Bl. f. Rechtsanwendung, Bd. 63, S. 446 ff. Leske, §§ 21. 22. 23. Enneccerus-Lehmann I, §§ 62—65. 77. Melliger, culpa in contrahendo. S. 86 ff. 197 ff. **1899**: Endemann I, §§ 70—72. Cosack I, §§ 54. 64. Krückmann, §§ 79. 80. v. Buchka, § 5. Isay, Die Willenserklärung im Thatbestande des Rechtsgeschäfts, S. 13 ff.

Digitized by Google

Erklärenden schützt, zu unbilligen Härten gegen den Dritten. Der entgegengesetzte Vorwurf trifft die Erklärungstheorie, die den Erklärenden an seine Erklärung gebunden sein läßt und so allerdings erwünschte Klarheit schafft, aber doch nur unter unbilliger Nichtbeachtung der Interessen des Erklärenden.

C. Die neuere Theorie ist bemüht gewesen, zwischen beiden extremen Auffassungen in einer die Interessen des Erklärenden und des Dritten billig erwägenden Weise zu vermitteln. Allen diesen Auffassungen ist gemeinsam, daß die Eigenthümlichkeit der einzelnen Fälle der dogmatischen Grundauffassung gegenüber mehr zur Geltung gelangt. Die Vertreter der Willenstheorie (Windscheid, Zitelmann, Enneccerus ꝛc.) ließen Abweichungen vom Grundprinzipe zu und befürworteten die Haftung des Erklärenden für das negative Vertragsinteresse im Falle der Nichtigkeit. Ebenso machten die Vertreter der Erklärungstheorie weitgehende Ausnahmen von der Geltung des Grundprinzipes (Bekker, Bähr, Leonhard, Kohler). Andere vermittelnde Theorieen (Hartmann, Dernburg, Regelsberger) gehen weniger von der einen oder der anderen Theorie aus, als sie neue, selbständige Anhaltspunkte zu gewinnen suchen, um zu bestimmen, wann die Erklärung in Folge des Fehlens des Willens bedeutungslos wird, wann nicht. Die Regelung, welche das Gesetzbuch für die einzelnen Fälle der Nichtübereinstimmung zwischen Wille und Erklärung giebt, steht mit der Willenstheorie vielfach in Uebereinstimmung (vgl. Bd. I, § 46), weicht aber auch von ihr ab. Das Gesetzbuch nimmt also ebenfalls eine vermittelnde Stellung ein.

II. Die Nichtübereinstimmung zwischen Wille und Erklärung ist entweder eine dem Erklärenden bewußte oder unbewußte.

A. Die dem Erklärenden bewußte Nichtübereinstimmung.

1. Erklärungen, die in harmlosem Scherz, d. h. um zu scherzen, zu Unterrichts- oder theatralischen Zwecken, zur Erregung der Aufmerksamkeit (Reklame), lediglich zur Vorbereitung eines Rechtsgeschäftes, zur Bekräftigung einer Behauptung und aus bloßer Höflichkeit abgegeben werden (118)[1]. Alle Fälle unterscheiden sich nur

[1] Meißner, Krit. Bemerkungen, S. 42 f., sagt, es gehörten auch solche Fälle hierher, in denen die Erklärung zwar momentan ernstlich gemeint, aber entschieden unüberlegt und übereilt war, so daß es unbillig wäre, den Erklärenden durch eine solche Erklärung für vertragsmäßig gebunden zu halten. Was gemeint ist, ist richtig, die Formulirung aber nicht unbedenklich. In dem von M. citirten Urtheil des RG., Bd. VIII, S. 249 f., war eben ein „ungebührlicher Scherz" angenommen. Die Erklärung geschah zur Bekräftigung einer

Digitized by Google

durch den Beweggrund. Gemeinsam ist allen: der Erklärende will die Erklärungshandlung, er will aber nicht den Inhalt derselben, er will auch nicht, daß das Erklärte als von ihm gewollt betrachtet werde. Es fehlt also jede Täuschungsabsicht. Trotzdem kann sie Täuschung zur Folge haben, bei empfangsbedürftigen Erklärungen Täuschung des Empfängers, bei anderen Erklärungen eine solche Dritter. Vorausgesetzt ist aber, daß die Erklärung für den Dritten bestimmt war. Daß die Erwartung des Erklärenden, die Erklärung werde nicht als ernstliche aufgefaßt werden, sich nicht bestätigt, kann beruhen auf grober oder geringer Fahrlässigkeit des Erklärenden, kann aber auch von ihm nicht verschuldet sein.

a. Die rechtliche Bedeutung.

Die Willenserklärung ist nichtig in allen Fällen nicht nur, wenn Täuschung nicht bewirkt ist, sondern auch dann, wenn sie bewirkt ist.

Ist die Täuschung des Empfängers oder eines Dritten bewirkt, so steht diesen, wenn sie durch das Vertrauen auf die Ernstlichkeit und Gültigkeit der Erklärung geschädigt sind, ein Schadensersatzanspruch zu. Verschuldung des Erklärenden ist nicht Voraussetzung dieses Anspruches. Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der Empfänger oder der Dritte die Nichternstlichkeit kannte oder kennen mußte, also in Folge von eigener Fahrlässigkeit nicht kannte. Der Schadensersatzanspruch geht nicht über das Interesse hinaus, das der Berechtigte an der Gültigkeit hatte, also nicht über das Erfüllungsinteresse (122)[1].

b. Ueber die rechtliche Wirksamkeit einer zum Scherz geschlossenen Ehe vgl. 1332 (Bd. II, § 83).

c. In gewisser Richtung gehört auch der Fall des mißlungenen Scheingeschäftes hierher. Der Erklärende meint, der Empfänger verstehe ihn seiner Absicht gemäß dahin, daß die Erklärung nur zum Schein abgegeben werde, während der Empfänger die Erklärung in Wahrheit für ernstlich gewollt hält. Es liegt also vor: Wollen der Erklärungshandlung, Nichtwollen ihres Inhaltes und Nichtwollen, daß die Erklärung vom Empfänger als ernstliche angesehen werde.

Behauptung. Nach dem BGB. wäre in diesem Falle auch wohl die Schadensersatzforderung ausgeschlossen gewesen, wegen des Kennens bez. Kennenmüssens des Empfängers der Erklärung.

[1] Es handelt sich aber nicht nur um das Erfüllungsinteresse, sondern auch um das Interesse an der Gültigkeit anderer Geschäfte, die keine Leistungsversprechen enthalten, z. B. Erlaß, vgl. Eck (1896), S. 43, Note 1.

Digitized by Google

Insofern fehlt die Täuschungsabsicht des Erklärenden; dieser will aber, daß Dritte die Erklärung als ernstliche betrachten, hat also in dieser Richtung die Täuschungsabsicht. Mentalreservation (116) liegt nicht vor, weil der Erklärende den Empfänger nicht täuschen will, Scheingeschäft (117) nicht, weil das Einverständniß des Empfängers fehlt. Auch 118 trifft insoweit nicht zu, als der Erklärende zwar nicht dem Empfänger, wohl aber Dritte täuschen will, ihm also insofern die Erwartung fehlt, die Erklärung werde als nicht ernstlich aufgefaßt werden, 118 trifft aber zu, was die Person des Empfängers betrifft. Die Folge ist also Nichtigkeit und Schadensersatzanspruch des Empfängers.

2. Die Mentalreservation (116)[1].

a. Diese liegt vor, wenn der Erklärende eine Willenserklärung abgiebt unter wissentlicher Verschweigung, daß er den der Erklärung entsprechenden Willen nicht hat, und in der Absicht, daß seine Erklärung als ernstlich gewollt gelte. Wesentlich ist also die Täuschungsabsicht dem Empfänger der Erklärung oder Dritten gegenüber. Sie kann auf wohlmeinender Absicht beruhen, wird es aber meistens nicht. Hier liegt also vor: Wollen der Erklärungshandlung, Nichtwollen des Inhaltes derselben, aber Wollen, daß das Erklärte als gewollt betrachtet werde.

b. Die rechtliche Bedeutung.

Die Willenserklärung ist gültig. Das gilt für alle Willenserklärungen (Vertragserklärungen und andere; stillschweigende und ausdrückliche). Auch die letztwilligen Verfügungen, d. h. die einseitigen Verfügungen von Todeswegen, machen keine Ausnahme (2078). Dagegen sind empfängsbedürftige Willenserklärungen dann nichtig, wenn dem Empfänger der Erklärung der geheime Vorbehalt bekannt war. Es gilt das also für alle Vertragserklärungen wie für sonstige empfangsbedürftige Willenserklärungen (Kündigung, Mahnung ꝛc.). Die Nichtigkeit tritt deshalb ein, weil eine Täuschung hier ausgeschlossen ist. Das Kennenmüssen steht aber der Kenntniß nicht gleich, weil eine Prüfungspflicht des Empfängers nicht anerkannt werden kann. Wer sich auf die Nichtigkeit beruft (Erklärender, Empfänger, Dritter), hat die Nichtübereinstimmung und die Kenntniß des Empfängers zu beweisen. Ist nun die Willenserklärung auch aus dem Grunde der Mentalreservation nicht nichtig, so kann sie doch aus anderen Gründen (z. B. wegen Formmangels) sehr wohl nichtig oder auch anfechtbar sein.

[1] Vgl. Isay, a. a. O. S. 17 f. Danz, Die Auslegung S. 35.

Digitized by Google

Die Eheschließung nimmt eine besondere Stellung ein. Der geheime Vorbehalt ist stets ohne Einfluß: die Ehe ist weder nichtig noch anfechtbar, ohne Rücksicht darauf, ob der Vorbehalt dem andern Theile bekannt war oder nicht (arg. 1323. 1330).

c. Dem Fall des geheimen Vorbehaltes steht gleich der des sog. bösen Scherzes. Er unterscheidet sich nur durch das besondere Motiv. Der Erklärende will auch hier die Erklärungshandlung, nicht ihren Inhalt, wohl aber, daß das Erklärte als gewollt erscheine.

d. Wenn der Erklärende bei nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen Demjenigen den Vorbehalt zu erkennen giebt, der an der rechtlichen Wirkung interessirt ist, während er ihn Anderen gegenüber verheimlicht, so ist die Erklärung Jedem, auch dem Interessenten gegenüber, der die Kenntniß hat, gültig, z. B. die Nichternstlichkeit einer letztwilligen Verfügung wird den Interessenten vom Verfügenden mitgetheilt, den Dritten aber verheimlicht.

3. Die Simulation, das Scheingeschäft (117)[1].

Die Simulation ist nur möglich bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen (Vertragserklärungen, sonstige empfangsbedürftige Willenserklärungen). Der Erklärende giebt die Erklärung ab mit dem Vorbehalte, daß er das Gewollte nicht will. Dieser Vorbehalt ist dem anderen Theile (Empfänger) bekannt, und zwar durch die Mittheilung des Erklärenden selbst, aber er nimmt außerdem an dem Vorbehalt durch Einverständniß theil. Durch den Vorbehalt wird also der Empfänger nicht getäuscht, sondern nur Dritte. Diese Täuschung wird durch das Verhalten des Empfängers verstärkt. Die Simulation ist somit nur ein Unterfall der Mentalreservation bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen. Es liegt wie dort (Z. 2): Wollen der Erklärungshandlung, Nichtwollen des Inhaltes, aber Wollen, daß das Erklärte von Dritten als gewollt betrachtet werde.

a. Die Simulation ist entweder nur dazu da, einen Schein des Geschäftes hervorzurufen, oder sie soll zugleich ein anderes verdecken (Scheingeschäft — verdecktes Geschäft).

b. Die rechtliche Bedeutung des Scheingeschäftes.

Das Scheingeschäft (simulirte Geschäft) ist entsprechend den Regeln über die Mentalreservation nichtig.

Die Nichtigkeit ist eine absolute, d. h. sie kann von den Parteien und gegen sie, von Dritten und gegen sie geltend gemacht

[1] Ueber die oft vergleichsweise herangezogenen fiduziarischen Geschäfte s. Bd. I, § 54.

Digitized by Google

werden. Gutgläubige Dritte sind aber durch die besonderen Bestimmungen des Gesetzes über den öffentlichen Glauben des Grundbuches (Bd. II, § 10), über den redlichen Rechtserwerb an beweglichen Sachen (Bd. II, § 19) und über den gutgläubigen Erwerb einer simulirten beurkundeten Forderung durch Zession, die unter Vorlegung der Urkunde erfolgte (Bd. I, § 100), geschützt.

c. Das verdeckte Geschäft kommt überhaupt nur in Betracht, wenn es mit in dem Scheingeschäft erklärt ist, und es ist gültig, wenn seine materiellen und formellen Gültigkeitsbedingungen erfüllt sind.

d. Die Simulation bewirkt Nichtigkeit auch dann, wenn das Geschäft vor bloßen Urkundspersonen (Behörden, Beamten, Zeugen), die in die Simulation nicht eingeweiht sind, vorgenommen wird, vollends bei Anwendung der bloßen Schriftform. Wie steht es aber, wenn der behördliche ꝛc. Akt kein bloßer Hülfsakt, sondern ein selbständiger, von dem Parteigeschäft gesonderter Akt ist? Hierher gehört die Erklärung des Standesbeamten. Wenn auch der Standesbeamte beim Abschluß des simulirten Eheschließungsvertrages mitwirkt, so ist dennoch der Akt der Eheschließung selbst ein selbständiger. Ferner gehören dazu die Eintragungen in das Grundbuch, in öffentliche Register. Der behördliche Akt darf nicht nichtig werden (öffentliches Interesse), und folgeweise hat auch die Simulation auf die Parteigeschäfte keine Wirkung. So bei der Eheschließung (arg. 1323). Ebenso liegt es auch bei Eintragungen zum Grundbuch, zum Register. Der Eintragungsakt selbst ist gültig, weil nicht simulirt. Aber auch die Willenserklärungen der Parteien selbst sind gültig. In allen diesen Fällen ist die Behörde nicht nur Formperson, sondern sie ist auch sachlich betheiligt. Die Parteierklärungen sind insoweit empfangsbedürftig. Dann ist aber der Fall des geheimen Vorbehaltes gegeben, den beide Parteien der Behörde gegenüber machen, und demnach folgt Gültigkeit nach 116[1].

B. Die dem Erklärenden unbewußte Nichtübereinstimmung. Eine solche liegt vor in den Fällen des Irrthumes (1.),

[1] Regelsberger I, S. 517, Note 10, nimmt an, daß mindestens nicht der volle Thatbestand einer Simulation vorliege, weil der gleichfalls erforderliche Akt der Beamten nicht auch simulirt sei. Das erklärt aber nicht die Gültigkeit der Parteiwillenserklärungen. Der Hinweis auf das öffentliche Interesse, daß der Spruch der Behörde nicht entwürdigt werden dürfe, motivirt nur die Aufrechterhaltung dieses Spruches. Auch liegt hierin kein konstruktioneller, sondern nur ein legislatorischer Gesichtspunkt. Vgl. auch Hölder, Komment. S. 255 f.

Digitized by Google

bei der falschen Uebermittelung einer Erklärung durch die Mittelsperson (2.), und im Falle des Dissenses (3.).

1. Die Irrthumsfälle (119). Alle hierher gehörigen Fälle haben das Uebereinstimmende, daß der Erklärende einen Willensinhalt kundthut, den er nicht gewollt hat; sie sind aber verschieden.

a. Der Erklärende ist bei Abgabe der Erklärung über den Inhalt derselben im Irrthum, d. h. er will die Erklärungshandlung, nicht aber das in der Erklärungshandlung als gewollt Bezeichnete. Er hat den „Erklärungswillen", nicht aber den „Geschäftswillen" (Bekker) oder den „mittelbaren Willen" oder die „Absicht" (Zitelmann), er verkennt Sinn und Bedeutung des „Erklärungswerthes", error in judicando (Eck).

So liegt es beim Unterschreiben einer Urkunde, von deren Inhalt der Unterschreibende eine falsche Vorstellung hat, bei der Bejahung einer falsch verstandenen Frage, ferner, wenn Antwort in fremder Sprache unter falscher Vorstellung vom Werthe des fremden Wortes ertheilt wird, und auch bei der Verwechselung einer vor dem Erklärenden stehenden Person A mit X, einer vor ihm befindlichen Sache a mit x durch den Erklärenden.

Dieser Irrthum ist also entweder sog. Verlautbarungsirrthum, d. h. der Erklärende verbindet mit der Erklärung einen anderen Sinn, als aus ihr sich ergiebt, oder Irrthum über den sachlichen Inhalt (Irrthum über Identität und Eigenschaften). Streitig ist, ob hier eine Nichtübereinstimmung zwischen Wille und Erklärung vorliegt. Man sagt mit Recht, die Uebereinstimmung von Wille und Erklärung liegt vor, nur wäre bei richtiger Vorstellung die Erklärung nicht abgegeben (Brinz, Hölder). Alle diese Fälle enthalten einen Irrthum in der Vorstellung.

b. Der Erklärende will die Erklärungshandlung nicht und so auch nicht den durch sie kundgethanen Willen, z. B. der Erklärende vergreift sich, er verspricht sich, verschreibt sich. Hier liegt zweifellos Nichtübereinstimmung von Wille und Erklärung vor. Je nach der psychologischen Werthung des Vorganges spricht man von „Irrung", „Abirrung" und „fehlgehender körperlicher Bewegung" oder von „error der Bewußtlosigkeit" und error in faciendo (Eck).

c. Die rechtliche Bedeutung der Irrthumsfälle[1].

Der Irrthum bewirkt trotz der Verschiedenheit der Sachlage in

[1] Der E. I. ließ Nichtigkeit bei wesentlichem Irrthum eintreten, bei Fahrlässigkeit des Irrenden sollte aber der Irrende dem Gegner schadensersatzpflichtig, bei grober Fahrlässigkeit die Erklärung gültig sein.

Digitized by Google

allen Fällen (a. b.) nur Anfechtbarkeit, weil der Irrende die Erklärung ernstlich gemeint, oder doch der Gegner die Erklärung für wirksam gehalten hat. Die Anfechtung steht daher auch nur dem Irrenden zu, der durch sie den wahren Willen zur Anerkennung bringt[1].

Damit der durch die Anfechtbarkeit geschaffene Zustand der Ungewißheit im Interesse des Gegners baldigst endige, muß der Irrende „ohne schuldhaftes Zögern (unverzüglich)" anfechten, nachdem er vom Irrthum Kenntniß erhalten hat. Die wirkliche Kenntniß ist entscheidend, nicht auch das Kennenmüssen[2]. Einem Abwesenden gegenüber ist die Anfechtung rechtzeitig erfolgt, wenn die Anfechtungserklärung rechtzeitig abgesendet ist. Ausgeschlossen ist sie, wenn 30 Jahre seit Abgabe der Willenserklärung verflossen sind (121)[3].

Es kommt für das Anfechtungsrecht nicht darauf an, ob der Irrende entschuldbar oder unentschuldbar irrte. Auch im Falle des Rechtsirrthumes besteht also das Anfechtungsrecht.

Der Irrthum muß aber ein wesentlicher sein. An sich ist hier ein subjektiver oder objektiver Maßstab möglich. Der erstere besagt, der Irrthum ist wesentlich, wenn die Abgabe der Willenserklärung nach den persönlichen Eigenheiten des Erklärenden und den für ihn Betracht kommenden Umständen bei richtiger Vorstellung nicht erfolgt wäre. Nach dem zweiten würde nur der Irrthum in Betracht kommen, der sich nach den aus der Beobachtung des Lebens entnommenen Durchschnittsanschauungen als entscheidend herausstellt. Von den Eigenheiten der Person des Erklärenden wie von den besonderen Umständen, unter denen die Willenserklärung

---

[1] Daß in der Anfechtung der wahre Wille zur Geltung gelange, bestreitet Isay a. a. O. S. 20. Grund der Anfechtbarkeit sei stets die Rücksicht auf den Verkehr, der das Zustandekommen der Erklärung mißbillige, wie bei Betrug und Drohung. — Wir müssen aber weiter fragen, weshalb der Verkehr diese Mißbilligung ausspricht? Dann ergiebt sich die Antwort des Textes, und die Fälle des Betruges und der Drohung heben sich von den Irrthumsfällen ab.

[2] Die Bedenken von Hölder, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 80, S. 34 f. und Komment. S. 268 sind sicher gerechtfertigt. Dem Irrenden ist „die Spekulation auf Gefahr des Gegners", indem er die Entscheidung verzögert, keineswegs abgeschnitten, wie Eck (1896) S. 46, meint, vgl. aber seine Bemerkungen S. 50.

[3] Vom Standpunkt des Irrenden aus ist bedenklich, daß dieser sein Anfechtungsrecht verliert, auch wenn er annehmen durfte, daß der Gegner den Irrthum erkannte, und auch, wenn der Gegner ihn erkannt hat. Eck (1896), S. 48 ff., bes. Strohal, Jahrb. f. Dogm., Bd. 34, S. 359 f.

Digitized by Google

bei der falschen Uebermittelung einer Erklärung durch die Mittelsperson (2.), und im Falle des Dissenses (3.).

1. Die Irrthumsfälle (119). Alle hierher gehörigen Fälle haben das Uebereinstimmende, daß der Erklärende einen Willensinhalt kundthut, den er nicht gewollt hat; sie sind aber verschieden.

a. Der Erklärende ist bei Abgabe der Erklärung über den Inhalt derselben im Irrthum, d. h. er will die Erklärungshandlung, nicht aber das in der Erklärungshandlung als gewollt Bezeichnete. Er hat den „Erklärungswillen", nicht aber den „Geschäftswillen" (Bekker) oder den „mittelbaren Willen" oder die „Absicht" (Zitelmann), er verkennt Sinn und Bedeutung des „Erklärungswerthes", error in judicando (Eck).

So liegt es beim Unterschreiben einer Urkunde, von deren Inhalt der Unterschreibende eine falsche Vorstellung hat, bei der Bejahung einer falsch verstandenen Frage, ferner, wenn Antwort in fremder Sprache unter falscher Vorstellung vom Werthe des fremden Wortes ertheilt wird, und auch bei der Verwechselung einer vor dem Erklärenden stehenden Person A mit X, einer vor ihm befindlichen Sache a mit x durch den Erklärenden.

Dieser Irrthum ist also entweder sog. Verlautbarungsirrthum, d. h. der Erklärende verbindet mit der Erklärung einen anderen Sinn, als aus ihr sich ergiebt, oder Irrthum über den sachlichen Inhalt (Irrthum über Identität und Eigenschaften). Streitig ist, ob hier eine Nichtübereinstimmung zwischen Wille und Erklärung vorliegt. Man sagt mit Recht, die Uebereinstimmung von Wille und Erklärung liegt vor, nur wäre bei richtiger Vorstellung die Erklärung nicht abgegeben (Brinz, Hölder). Alle diese Fälle enthalten einen Irrthum in der Vorstellung.

b. Der Erklärende will die Erklärungshandlung nicht und so auch nicht den durch sie kundgethanen Willen, z. B. der Erklärende vergreift sich, er verspricht sich, verschreibt sich. Hier liegt zweifellos Nichtübereinstimmung von Wille und Erklärung vor. Je nach der psychologischen Werthung des Vorganges spricht man von „Irrung", „Abirrung" und „fehlgehender körperlicher Bewegung" oder von „error der Bewußtlosigkeit" und error in faciendo (Eck).

c. Die rechtliche Bedeutung der Irrthumsfälle[1].

Der Irrthum bewirkt trotz der Verschiedenheit der Sachlage in

[1] Der E. I. ließ Nichtigkeit bei wesentlichem Irrthum eintreten, bei Fahrlässigkeit des Irrenden sollte aber der Irrende dem Gegner schadensersatzpflichtig, bei grober Fahrlässigkeit die Erklärung gültig sein.

Digitized by Google

allen Fällen (a. b.) nur Anfechtbarkeit, weil der Irrende die Erklärung ernstlich gemeint, oder doch der Gegner die Erklärung für wirksam gehalten hat. Die Anfechtung steht daher auch nur dem Irrenden zu, der durch sie den wahren Willen zur Anerkennung bringt[1].

Damit der durch die Anfechtbarkeit geschaffene Zustand der Ungewißheit im Interesse des Gegners baldigst endige, muß der Irrende „ohne schuldhaftes Zögern (unverzüglich)" anfechten, nachdem er vom Irrthum Kenntniß erhalten hat. Die wirkliche Kenntniß ist entscheidend, nicht auch das Kennenmüssen[2]. Einem Abwesenden gegenüber ist die Anfechtung rechtzeitig erfolgt, wenn die Anfechtungserklärung rechtzeitig abgesendet ist. Ausgeschlossen ist sie, wenn 30 Jahre seit Abgabe der Willenserklärung verflossen sind (121)[3].

Es kommt für das Anfechtungsrecht nicht darauf an, ob der Irrende entschuldbar oder unentschuldbar irrte. Auch im Falle des Rechtsirrthumes besteht also das Anfechtungsrecht.

Der Irrthum muß aber ein wesentlicher sein. An sich ist hier ein subjektiver oder objektiver Maßstab möglich. Der erstere besagt, der Irrthum ist wesentlich, wenn die Abgabe der Willenserklärung nach den persönlichen Eigenheiten des Erklärenden und den für ihn Betracht kommenden Umständen bei richtiger Vorstellung nicht erfolgt wäre. Nach dem zweiten würde nur der Irrthum in Betracht kommen, der sich nach den aus der Beobachtung des Lebens entnommenen Durchschnittsanschauungen als entscheidend herausstellt. Von den Eigenheiten der Person des Erklärenden wie von den besonderen Umständen, unter denen die Willenserklärung

---

[1] Daß in der Anfechtung der wahre Wille zur Geltung gelange, bestreitet Isay a. a. O. S. 20. Grund der Anfechtbarkeit sei stets die Rücksicht auf den Verkehr, der das Zustandekommen der Erklärung mißbillige, wie bei Betrug und Drohung. — Wir müssen aber weiter fragen, weshalb der Verkehr diese Mißbilligung ausspricht? Dann ergiebt sich die Antwort des Textes, und die Fälle des Betruges und der Drohung heben sich von den Irrthumsfällen ab.

[2] Die Bedenken von Hölder, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 80, S. 34 f. und Komment. S. 268 sind sicher gerechtfertigt. Dem Irrenden ist „die Spekulation auf Gefahr des Gegners", indem er die Entscheidung verzögert, keineswegs abgeschnitten, wie Eck (1896) S. 46, meint, vgl. aber seine Bemerkungen S. 50.

[3] Vom Standpunkt des Irrenden aus ist bedenklich, daß dieser sein Anfechtungsrecht verliert, auch wenn er annehmen durfte, daß der Gegner den Irrthum erkannte, und auch, wenn der Gegner ihn erkannt hat. Eck (1896), S. 48 ff., bes. Strohal, Jahrb. f. Dogm., Bd. 34, S. 359 f.

Digitized by Google

abgegeben ist, wird hier also abgesehen. Nach dem Wortlaut von 119 ist nun der Irrthum wesentlich, wenn anzunehmen ist, daß der Erklärende „bei Kenntniß der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles" die Erklärung nicht abgegeben haben würde. Hierin liegt zunächst nur eine Abmilderung des subjektiven Standpunktes. Die „verständige Würdigung des Falles" schließt wohl die Berücksichtigung von Differenzen aus, die vom Erklärenden aus bloßer Laune, Unvernunft, Idiosynkrasie für wesentlich gehalten werden, dagegen keineswegs die Berücksichtigung aller Eigenheiten des Handelnden oder aller besonderen Umstände des Einzelfalles, selbst wenn der Verkehr die Differenz als unwesentlich betrachten würde. Dieser Maßstab ist anzulegen, sowohl, wenn ein Irrthum über den Inhalt der Erklärung vorliegt (Irrthum über das Sachobjekt, über die Person, über Erfüllungsort, Erfüllungszeit, Art der Rechtswirkung), als wenn der Irrthum sich auf die Erklärungshandlung bezieht. Bezieht sich die Differenz nur auf die Eigenschaften der Person und des Sachobjektes, so ist in jedem Falle ein Irrthum über den Inhalt der Erklärung gegeben. Die Frage, wann der Irrthum in diesen Fällen als wesentlich erscheint, wird aber in 119, Abs. 2 abweichend vom Prinzip dahin beantwortet, daß nur solche Eigenschaften in Betracht kommen, die im Verkehr als wesentliche erscheinen. Hier ist also der objektive Standpunkt eingenommen. Diese Vorschrift vereinigt sich mit der allgemeinen (119, Abs. 2) dahin: Der Irrthum über Eigenschaften, die objektiv unwesentlich sind, ist unwesentlich, auch wenn der Erklärende sie vernünftigerweise für wesentlich hielt. Der Irrthum über Eigenschaften, die objektiv wesentlich sind, ist unwesentlich, wenn der Erklärende sie nicht für wesentlich gehalten hätte. Der Irrthum über Eigenschaften ist also nur dann wesentlich, wenn die Auffassung des Erklärenden und des Verkehres sich decken. Unter diesen Voraussetzungen kann auch der Irrthum über die Zahlungsfähigkeit des Schuldners bei Vertragsschluß als wesentlich erscheinen und zur Anfechtung führen[1].

Die Bedenken gegen das weitgehende Anfechtungsrecht des Irrenden werden nun im Interesse des Gegners abgeschwächt durch die Bestimmung, daß, wenn die Anfechtung erfolgt, der Irrende dem

[1] Türk, Gruch. Beitr., Bd. 43 (99), S. 549 ff. Regelsberger, Jahrb. f. Dogmat. Bd. 40 (99) S. 479 ff. Rehbein, S. 139. Hölder, Komment. S. 263 f. Fritze, Arch. f. bürgerl. R. Bd. 17 (1899) S. 48. A. M. Planck, zu 121 und 610.

Digitized by Google

Empfänger oder Dritten den Schaden ersetzen muß, den diese dadurch erleiden, daß sie auf die Gültigkeit der Willenserklärung vertrauten (sog. negatives Vertragsinteresse). Der Anspruch findet seine Grenze an dem positiven Interesse. Er gründet sich auf die Veranlassung, nicht auf die Verschuldung, ist aber ausgeschlossen, wenn der Gegner den Irrthum kannte oder in Folge eigener Fahrlässigkeit nicht kannte, d. h. kennen mußte. Irrt also der Erklärende grob fahrlässig und beruht die Unkenntniß des Gegners auf leichter Fahrlässigkeit, so hat Letzterer gleichwohl keinen Anspruch auf Schadensersatz[1].

d. Die rechtliche Bedeutung bei der Eheschließung, s. Bd. II, § 83 und bei letztwilligen Verfügungen, s. Bd. II, § 132.

2. Die unrichtige Uebermittelung der Erklärung (120)[2].

Der Bote giebt (absichtlich oder unabsichtlich) eine andere Erklärung mündlich dem Adressaten ab, als ihm aufgetragen ist; der Briefträger bringt die schriftliche Erklärung an eine falsche Adresse oder er fälscht dieselbe; ein Telegramm oder eine telephonische Nachricht wird entstellt. Es kann hier die Thätigkeit einer Mittelsperson in Frage sein, oder die Funktion einer Veranstaltung (Fehler der Leitung)[3]. Derartiges kann sowohl bei empfangsbedürftigen wie nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen eintreten.

a. Das Eigenthümliche ist, daß die Erklärung selbst, wie sie der Erklärende von sich an das weitere Mittel (Bote ꝛc.) giebt, an keinem Mangel leidet; durch dieses Mittel wird aber die Erklärung zu einer solchen, die er nicht gewollt hat. Daß eine dem Erklärenden gänzlich fremde Kraft das bewirkt hätte, kann man nicht immer sagen, da die Erklärung häufig eben durch dieses Mittel nach Absicht des Erklärenden erst fertig werden, wirksam werden sollte. Der Fehler steht also gleich dem Fall des „Fehlgriffes im Ausdruck".

b. Die rechtliche Bedeutung ist daher die gleiche wie im

---

[1] Strohal, Jahrb. f. Dogmat. Bd. 34, S. 358, hat auch auf das Bedenken hingewiesen, daß bes. bei dingl. Geschäften der an die Stelle tretende obligatorische Anspruch, z. B. bei Konkurs des Irrenden, ein Aequivalent biete. Darüber Eck (1896), S. 51.

[2] Vgl. Fleck, Arch. f. bürgerl. Recht Bd. 15 (1899) S. 394 ff. Hölder, Komment. S. 266 f.

[3] Es gehören auch Fälle hierher, in denen die Uebermittelung gar nicht mehr „durch" die gewählte Mittelsperson oder Anstalt erfolgt, sondern durch andere Personen oder durch Zufälle.

Digitized by Google

Falle des Irrthumes. Die Erklärung ist wirksam, aber vom Erklärenden anzufechten. Im Falle der Anfechtung tritt die gleiche Schadensersatzpflicht ein. Der Erklärende haftet auch, wenn die Benutzung der Person oder Anstalt vom Adressaten bez. Geschädigten vorgeschrieben war, wie auch, wenn höhere Gewalt der Grund der unrichtigen Uebermittelung ist[1].

3. Der Fall des Dissenses (155).

a. Der Dissens ist ein offener, wenn die Parteien sich bewußt sind, daß sie sich noch nicht über alle ihrer Auffassung nach wesentlichen Punkten geeinigt haben. Ueber diesen Fall (154), der nicht hierher gehört vgl. Bd. I, § 50. Hier kommt nur der verdeckte Dissens, bei dem zwei Fälle unterschieden werden müssen, in Frage.

α. Entweder sind die Willenserklärungen der Vertragsparteien jede für sich völlig normal, sie decken sich aber gegenseitig nicht, weil die Parteien sich gegenseitig mißverstehen, die abgegebenen Erklärungen falsch auslegen oder sich dieser nicht mehr erinnern. Die Parteien sind sich jedoch bei Abschluß des Vertrages des Dissenses nicht bewußt (Dissens im engeren Sinne);

β. oder schon eine einzelne Vertragserklärung kann für sich wegen eines Willensmangels nichtig sein und deshalb der Consens fehlen. Der Vertrag ist nichtig. Wird die Vertragserklärung nach ihrem objektiven Sinne aufrecht erhalten und stimmt sie in diesem mit der Erklärung der anderen Partei überein, so ist der Vertrag gültig, obwohl eine Uebereinstimmung des Willens auch hier nicht vorliegt.

b. Das Gesetz behandelt in 155 nur den Fall a. α. als Dissensfall besonders, und zwar entsprechend dem in 139 aufgestellten Prinzip. Das Vereinbarte gilt, sofern anzunehmen ist, daß der Vertrag auch ohne diese Bestimmung geschlossen sein würde. Diese Fassung bedeutet nicht: Wer die Nichtigkeit des Vertrages behauptet, hat zu beweisen, daß die Annahme nicht zutrifft, sondern an sich ist der Vertrag nichtig; er ist nur gültig, wenn die Annahme zutrifft.

Ob nun im Falle des Dissenses über einen einzelnen Punkt Gültigkeit des Vertrages anzunehmen ist, hängt davon ab, ob dieser Punkt im Sinne der Parteien ein so unwesentlicher war, daß

[1] Begeht die Mittelsperson in Ausführung des Auftrages ein Delikt, so kommt die Haftung des Erklärenden nach 831 in Frage.

Digitized by Google

sie, falls sie des Dissenses sich bewußt gewesen wären, den Vertrag dennoch geschlossen hätten.

Ist der Vertrag nichtig, so kann im Falle des Dissenses von einer Schadensersatzpflicht einer der beiden Vertragsparteien nicht die Rede sein.

§ 53.

Die Beweggründe[1].

Die Beweggründe, die den Erklärenden zu der Erklärung führen, sind an sich keine Bestandtheile des rechtlichen Thatbestandes. Sie können aber dazu werden als Inhalt ausdrücklich oder stillschweigend gesetzter Bedingungen und Auflagen. Die Beweggründe beeinflussen die Willensbildung bis zum Willensentschluß. Wird dieser nun erklärt, so besteht völlige Harmonie zwischen dem Willen und der Erklärung. Der Beweggrund ist daher regelmäßig für das Privatrecht gleichgültig. Ausnahmsweise äußert aber der Beweggrund seine Wirkung auf das Rechtsgeschäft; er beeinflußt die rechtliche Wirkung. Hier sind von allgemeinerer Bedeutung: Drohung

[1] Materialien: M. I. S. 203 ff. P. I. S. 118 ff. V, S. 49. VI. S. 128 f. D. S. 20 f. BRK. S. 39.

Litteratur: 1888: Hölder, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 73, S. 98 ff. Strohal, Jahrb. f. Dogm., Bd. 27, S. 425. Hartmann, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 73, S. 336 ff. 347. 1889 Jacoby, Annalen d. d. Reiches, S. 658 ff. Bähr, Jur. Tag 20, Bd. 1, S. 298 f. Heinsheimer, ebenda, Bd. 2, S. 19 ff. Leonhard, ebenda, S. 59 ff. Schilling, Aphorismen, S. 44 ff. v. Liszt, Beitr., H. 5, S. 20 ff. Bekker, System, Bd. 2, S. 25 ff. 65. 1890: Jacoby, Zeitschr. f. Privat- u. öff. R., Bd. 17, S. 157 f. Hellmann, GA., S. 499 f. Meyer, GA., S. 949. Schmidt, GA., S. 1206. Zitelmann, Beitr. H. 9/10, S. 40 ff. 157. Pfizer, Jahrb. f. Dogm., Bd. 29, S. 123 f. Rocholl, Vorschläge, S. 50 f. Meisner, Das Pr. ALR. und d. Entw., S. 71 ff. 1891: Hölder, Pandekten I, §§ 44, 46. 1892: Bähr, Gegenentwurf, S. 27. 1893: Regelsberger I, §§ 143—146. 1895: Kuhlenbeck, Rechtsprechung, S. 176 ff. 191 ff. 202 ff. 1896: Eck, Allgem. Theil, § 5. 1897: Hellmann, Vorträge über d. BGB., §§ 16. 21. 22. Bunsen I, § 24. 1898: Sprenger, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 88, S. 359 ff. Benecke, P., der Irrthum im Motiv bei letztwilligen Verfügungen (Diss.) Börner, Sächs. Arch. Bd. 8, S. 43 f. Kuhlenbeck, Von den Pandekten I, S. 421 ff. Goldmann-Lilienthal, S. 82. 91 ff. 96. Leske, § 23. Weyl I, § 48. v. Blume, Jahrb. f. Dogm. Bd. 38, S. 224 ff. Enneccerus-Lehmann I, §§ 78—83. Melliger, culpa in contrahendo, S. 223. 1899: Endemann I, § 73. Cosack I §§ 64. 65. Krückmann § 80. v. Buchka § 5. Isay, Die Willenserklärung im Thatbestande des Rechtsgeschäfts ꝛc. S. 18 ff.

Digitized by Google

und Betrug. In der Theorie des gemeinen Rechtes stellte man hierher überwiegend auch den Irrthum im Beweggrunde, den Savigny als echten Irrthum bezeichnet. Das Gesetz sieht von dieser Unterscheidung mit Recht ab. Schon in der bisherigen Theorie ist hervorgehoben, daß die Fälle des Irrthumes im Beweggrunde nahe an die des Irrthumes über den Inhalt der Erklärung, der die Uebereinstimmung von Wille und Erklärung aufhebt, herantreten, und daß diese Unterscheidung, mag sie an sich berechtigt sein, doch praktisch undurchführbar erscheint. Nach dem BGB. ist es für die Frage, ob der Irrthum Anfechtbarkeit begründen soll, gleichgültig, ob er ein Irrthum im Beweggrunde ist oder nicht ist[1]. Wir können nach dem Gesetz nur sagen:

a. daß der Irrthum, der nicht die in Bd. I, § 52 hervorgehobene Qualität hat, einflußlos ist (119);

b. ausnahmsweise ist dem Irrthum über die Abgrenzung in 119 hinaus Einfluß eingeräumt im Falle der arglistigen Täuschung, s. II.; ferner ist im Falle der irrthümlichen Voraussetzung gewisser Art die Kondiktionshülfe (812 ff.) begründet; auch kann der Irrthum die Unwirksamkeit des Vergleiches nach sich ziehen (779). Eine weitergehende Berücksichtigung erfährt der Irrthum namentlich bei Verfügungen von Todeswegen. Während demnach beim Irrthum die Frage der Motivirung des Willens nicht selbständig hervortritt, ist das bei Drohung und Zwang der Fall.

I. Die Drohung (123. 124).

Es handelt sich um die Drohung (vis compulsiva, metus, psychischer Zwang), die einen Andern zur Abgabe einer Willenserklärung bestimmt, also nicht um den physischen Zwang (vis absoluta)[2], bei dem eine Willenserklärung des Gezwungenen nicht in Frage steht, und nicht um die Bestimmung zu rein thatsächlichen Akten. Wesentlich ist, daß die Willenserklärung durch das Mittel der Furchterregung und letztere durch die Drohung hervorgerufen wird, d. h. es muß ursächlicher Zusammenhang zwischen der Drohung und der Abgabe der Willenserklärung bestehen.

A. Drohung liegt vor, wenn für den Fall der Nichtabgabe der Willenserklärung ein Uebel in Aussicht gestellt ist. Ein sog. metus reverentialis genügt nicht; es muß ein Uebel sein, das werthvolle Güter des Bedrohten (Leben, körperliche Integrität, guter Ruf, Frei-

[1] Türk, Gruch. Beitr. Bd. 43 (1899) S. 549 ff.

[2] Melliger, a. a. O. S. 200 ff.

Digitized by Google

heit, auch Vermögen) oder nahe Angehörige betrifft (metus majoris malitatis). Die Verwirklichung des angedrohten Uebels muß ferner in der Macht des Drohenden liegen, und der Bedrohte darf nicht in der Lage sein, dem Uebel sofort oder für die Zukunft wirksam begegnen zu können. Soll aber der Richter entscheiden, ob der Bedrohte durch die Drohung zur Abgabe der Willenserklärung bestimmt ist, so ist dieser objektive Befund nicht schlechthin ausschlaggebend, sondern es sind auch die Umstände und die Persönlichkeit des Bedrohten zu berücksichtigen (relativer, nicht absoluter Maßstab). Es kann trotz ungenügenden objektiven Befundes die Bestimmung in Folge der Drohung eingetreten sein, weil der Bedrohte sich täuschte oder seine Ueberlegung zurückgedrängt war, während er bei ruhiger Ueberlegung die Bedeutungslosigkeit der Drohung erkannt hätte.

B. Drohung ist Handlung eines verantwortlichen Andern mit dem Vorsatz, daß durch die Handlung die Abgabe der Willenserklärung werde hervorgerufen werden[1]. Der Drohende muß also die Vorstellung dieses Erfolges gehabt haben. Es genügt somit nicht, daß, während dem Drohenden diese Vorstellung fehlte, der Erfolg der Abgabe der Willenserklärnng eintritt. Anders liegt es, wenn der Drohende vor Abschluß der zu anderm Zwecke begonnenen Drohungshandlung den entscheidenden Vorsatz faßt. Hier ist die Bestimmung des Bedrohten zur Abgabe der Willenserklärung von dem Vorsatz des Drohenden umfaßt. Es genügt andrerseits nicht jede bloße Ausnutzung einer irgendwie herbeigeführten Nothlage, wenn nicht eigene vorsätzliche Drohungshandlung hinzutritt.

Gleichgültig ist, von wem die Drohung ausgegangen ist, ob von dem Empfänger der Willenserklärung (Anfechtungsgegner) oder einem Dritten. Bei nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen ist nothwendigerweise der Drohende ein an der Abgabe der Willenserklärung rechtlich Unbetheiligter, wenn er auch Interessent sein kann. Eine andere unter A. gehörige Frage ist es, ob man auch mit Handlungen Dritter drohen könne.

C. Endlich muß die durch die Drohung bewirkte Bestimmung zur Abgabe der Willenserklärung eine widerrechtliche sein. Die Widerrechtlichkeit der Bestimmung wird nicht dadurch gehoben, daß der Drohende zu der Drohungshandlung an sich befugt ist, sondern erst dadurch, daß man auch auf die Abgabe der Willenserklärung ein Recht hat. Die Bestimmung durch Drohung ist daher nur dann

[1] Dagegen Rehbein, S. 143, der auch Drohungen Geisteskranker nach 123 annimmt.

Digitized by Google

nicht widerrechtlich, wenn der Drohende sein Recht auf die Abgabe der Willenserklärung durch erlaubte Mittel verfolgt (Endemann, Fischer-Henle, Planck, Enneccerus-Lehmann)[1],

D. Die Wirkung der Drohung ist außer der etwaigen Schadensersatzpflicht (823 ff.) Anfechtbarkeit der abgegebenen Willenserklärung. Der Grund dieser Wirkung liegt nicht in der „Willensunfreiheit" des Erklärenden, sondern darin, daß die Willensentschließung rechtswidrig beeinflußt ist.

II. Arglistige Täuschung (123. 124).

Was die Freiheit des Willensentschlusses beeinträchtigt, ist der Irrthum, der von einem Andern zu dem Zwecke erregt oder doch benutzt wird, damit er als Motiv wirke und die Abgabe der Willenserklärung hervorgerufen werde.

A. Wesentlich ist daher die arglistige Täuschung, d. h. Erregung oder Benutzung eines Irrthumes. Erregung ist Vorspiegelung nicht vorhandener, Entstellung vorhandener Thatsachen. Benutzung bedeutet Verschweigen von Thatsachen, die dem Andern unbekannt sind unter Verletzung der Aufklärungspflicht. Wie weit eine solche besteht, ergiebt sich aus dem besonderen Rechtsverhältniß unter den Parteien oder aus der allgemeinen Verkehrsauffassung. Es muß ferner ursächlicher Zusammenhang zwischen der Täuschung und der Abgabe der Willenserklärung bestehen.

B. Die Abgabe der Willenserklärung muß erfolgt sein, und Erregung und Benutzung des Irrthumes müssen zu diesem Zwecke bewirkt sein. Der Vorsatz des Täuschenden muß die Bestimmung des Getäuschten zur Abgabe der Erklärung mitumfassen. Ob der Irrthum beim Getäuschten entschuldbar oder unentschuldbar ist, bleibt gleichgültig, ebenso wie die Absicht des Vermögensvortheiles oder der Vermögensschädigung. Gleichgültig ist auch eine etwa eingetretene Vermögensschädigung für die Wirkung der Anfechtung. Darin liegt der Unterschied vom Thatbestand des Str.GB. § 263.

---

[1] Vgl. Rehbein, S. 144. Wesentlich abweichend Cosack und bes. v. Blume, a. a. O. Beide nehmen Widerrechtlichkeit dann nicht an, wenn zwar die Drohungshandlung widerrechtlich war, aber ein Recht auf Abgabe der Willenserklärung für den Drohenden bestand. So auch Hölder, Komment. S. 272. Nach den Ausführungen v. Blume's und Hölders (S. 274) würde trotz Erlaubtheit der Drohungshandlung doch widerrechtliche Drohung vorliegen, wenn sie unsittlich wäre. Ich glaube aber nicht, daß diese Auslegung dem Gesetz entspricht. Vgl. ferner v. Blume, a. a. O., S. 258 ff. über das Verhältniß von 123 zu 138. 105, Abs. 2 und 116.

Digitized by Google

C. Die Wirkung der arglistigen Täuschung ist abgesehen von dem Schadensersatzanspruch (823 ff.) Anfechtbarkeit der abgegebenen Erklärung. Geht die Täuschung aber von Dritten aus, so ist zu unterscheiden:

1. Bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen ist der Empfänger der Willenserklärung, der die arglistige Täuschung weder kannte noch kennen mußte, der Anfechtung nicht ausgesetzt.

2. Tritt bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen bei einem Andern als dem Empfänger unmittelbar ein Rechtserwerb ein, so tritt ihm gegenüber, soweit sein Recht durch die Erklärung begründet ist, die Anfechtung ein, wenn er die Täuschung kannte oder kennen mußte, wenn auch der Empfänger der Erklärung die Täuschung nicht kannte und auch nicht kennen mußte, z. B. wenn beim Vertrage zu Gunsten eines Dritten der Dritte die Abgabe der Erklärung durch arglistige Täuschung hervorgerufen hat. Der Bürge wird befreit durch anfechtbaren Erlaß der Hauptschuld.

3. Bei nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen tritt die Anfechtung auch gegen den redlichen Dritten ein.

D. Hat die arglistige Täuschung einen Irrthum im Sinne von 119 herbeigeführt, so findet nur diese Vorschrift Anwendung.

III. Die Anfechtung wegen Drohung und Täuschung.

A. Die Anfechtung ist zunächst an eine einjährige Ausschlußfrist gebunden. Diese beginnt mit Entdeckung der Täuschung bez. mit dem Wegfall der Zwangslage. Obwohl das Gesetz einen Anfechtungsanspruch nicht kennt, so sind doch auf den Lauf der Frist 203, Abs. 2. 206. 207 entsprechend anzuwenden. Der Ablauf der Frist kann demnach z. B. durch höhere Gewalt gehemmt sein, die den Anfechtungsberechtigten an der Geltendmachung hinderte. Niemals soll die Frist länger als 30 Jahre, von der Abgabe der Willenserklärung an gerechnet, dauern. Hat die Drohung oder die Täuschung nur einen Theil des Rechtsgeschäftes ergriffen, so bezieht sich die Anfechtung nur auf diesen. Es findet dann weiter 139 Anwendung.

B. Das Verhältniß des Anfechtungsrechtes zum Schadensersatzanspruch. Der letztere Anspruch (823 ff.), mit dem ebenfalls die Aufhebung der abgegebenen Willenserklärung verlangt werden könnte (249), verjährt in drei Jahren seit Kenntniß von dem Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen; ohne diese Kenntniß in 30 Jahren seit Begehung des Deliktes (852). Der Anfechtungsberechtigte kann nun anfechten und außerdem diesen

Digitized by Google

Anspruch erheben, soweit durch die Anfechtung der Schaden nicht ersetzt ist. Ist der Anfechtungsberechtigte durch Versäumung der Anfechtungsfrist ausgeschlossen, so kann er den Schadensersatzanspruch geltend machen. Der Anfechtungsberechtigte kann auf die Anfechtung verzichten und den Schadensersatzanspruch geltend machen.

Ist der Schadensersatzanspruch verjährt, so hat der Geschädigte den Bereicherungsanspruch, wenn der Ersatzpflichtige durch das Delikt auf Kosten des Verletzten etwas erlangt hat, nach 812 ff. (Kondiktionshülfe).

Wenn der Anfechtungsberechtigte durch Versäumung der Frist ausgeschlossen ist, so ist auch die Geltendmachung der Anfechtung im Wege der Einrede ausgeschlossen. Der Betrüger ꝛc. könnte also seine durch Täuschung ꝛc. erworbene Forderung gegen den Verletzten geltendmachen, und es würde nach Verjährung des Schadensersatzanspruches auch die demselben entsprechende Einrede gegen die in Folge Drohung oder Täuschung erworbene Forderung verjährt sein, und nach Verjährung des Anspruches auf Befreiung von einer eingegangenen Verbindlichkeit die einredeweise Geltendmachung. Diese Uebelstände sind durch 821, 853 beseitigt. Der Verletzte kann die Erfüllung der Forderung verweigern, wenn der Anspruch verjährt ist.

C. Ueber die rechtliche Bedeutung der Drohung und Täuschung bei der Eheschließung und sonstigen familienrechtlichen und erbrechtlichen Geschäften vgl. bes. Bd. II, § 83. 100. 111. 112. 132.

§ 54.

Der Inhalt der Rechtsgeschäfte[1].

Zur Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte ist außer der Geschäftsfähigkeit der Parteien erforderlich, daß der Gegenstand des Geschäftes überhaupt Gegenstand privaten Rechtes sein kann, und daß er der Ver-

[1] Materialien: M. I. S. 210 ff., II. S. 846 ff., III. S. 187. P. I. S. 122 ff. 448. 455. II, S. 361. 684. VI. S. 81. 364. BRK. S. 42 ff.

Litteratur: 1888: Hölder, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 73, S. 100 ff. Hartmann, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 73, S. 352. Schilling, Aphorismen, S. 48 f. Strohal, Jahrb. f. Dogm., Bd. 27, S. 1. 1889: Gierke, Der Entwurf, S. 168 f. Bähr, Arch. f. bürg. R., Bd. 2, S. 105 f. Kindel, Das Recht an der Sache, S. 378 f. Leist, Die Sicherung der Forderungen ꝛc., S. 88 ff. 1890: Hachenburg, GA., S. 111. Hellmann, GA., S. 500 f. Hartmann, GA., S. 331 f. 1234 f. 1238 f. Zitelmann, Beitr., H. 9/10, S. 54 ff. 157. 159. Rocholl, Vorschläge, S. 52 f. Barthelmes, Handeln in fraudem legis. 1891: Hölder, Pandekten I, §§ 55. Kohler, Arch. f. bürg. R., Bd. 5, S. 161 ff. 1892: Bähr, Gegenentwurf, S. 28.

Digitized by Google

fügung der Parteien untersteht (IV.). Das Recht stellt aber auch bestimmte Anforderungen an den Inhalt der Rechtsgeschäfte (I.—III.).

I. Der Inhalt der Rechtsgeschäfte und die Rechtsfolgen.

Die erlaubten Parteiabsichten bewegen sich in bestimmten typischen Richtungen. Indem das Recht diesen Parteiabsichten in der Verhängung der Rechtsfolgen nachgeht und gerecht zu werden sucht, stellt es bestimmte typische Rechtsgeschäfte fest. Alle diejenigen Thatbestandselemente, die ein Rechtsgeschäft zu einem Geschäft bestimmter Art machen, nennt man seine wesentlichen Elemente (essentialia negotii). Um die unter dem Namen des Geschäftes begriffenen Rechtsfolgen hervorzurufen, müssen die Parteien daher die wesentlichen Elemente gewollt haben. Ist das der Fall, so verhängt das Recht von selbst weitere Rechtsfolgen, ohne daß der Wille der Parteien auf diese gerichtet war. Diese Elemente sind die naturalia negotii. Das Recht hat hier aber lediglich ergänzenden Charakter. Die Parteien können diese Rechtsfolgen durch ihre Disposition abwehren. Schließlich können die Parteien Elemente in das Rechtsgeschäft aufnehmen und Rechtsfolgen hervorrufen, die sich mit dem Wesen des Geschäftes vertragen, aber weder zu den essentialia noch zu den naturalia gehören. So gehören zu den essentialia des Kaufes die Einigung der Parteien über Preis und Waare; zu den naturalia der Gefahrübergang mit der Uebergabe, die Haftung des Verkäufers für Mängel ꝛc.; zu den accidentalia die Setzung von Bedingungen.

II. Der rechtliche Zweck der Rechtsgeschäfte.

A. Bei den Geschäften des Privatrechtes, die eine Vermögens-

Jakubezky, Bemerkungen, S. 15 f. 30. 186. 1893: Regelsberger I, §§ 141. 147. Kindel, Das Rechtsgeschäft und sein Rechtsgrund. Pfaff, Zur Lehre vom sog. in fraudem legis agere. 1894: v. Lang, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 83, S. 336 ff. 1895: Kohler, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 84, S. 1 ff. Kuhlenbeck, Rechtsprechung I. S. 234 ff. 251 ff. Neff, Beitr. zur Lehre von der fraus legi facta (Differt.). 1896: Dreyer, Gruch. Beitr., Bd. 40, S. 233 ff. 449 ff. Meisner, Krit. Bemerkungen, S. 4 ff. 40 ff. Hellwig, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 86, S. 223 ff. 1897: Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse, S. 86, Note 1. 193 ff. Hellmann, Vorträge über d. BGB., S. 15. 21. 27. Bunsen I, §§ 16. 17. Lotmar, Der unmoralische Vertrag. Eccius, Gruch. Beitr., Bd. 41, S. 735. Oertmann, Allgem. Österr. Ger. Zeitg. Jahrg. 1897. S. 25. 1898: Kuhlenbeck, Von den Pandekten I, S. 29 f. 324 ff. Stobbe-Lehmann III, § 220 Goldmann-Lilienthal, S. 66 f. 70 ff. Weyl I, § 52. Leske, §§ 19. 26. Enneccerus-Lehmann I, § 60. 1899: Endemann I, §§ 9. 74. Cosack I, § 58. Krückmann, § 79. v. Buchka, § 5.

Digitized by Google

verschiebung (Minderung auf der einen — Vermehrung auf der andern Seite) bewirken, spielt der rechtliche Zweck eine bedeutsame Rolle. Die Vermögensverschiebung ist niemals ohne rechtlichen Zweck. Um den Zweck zu erreichen, wird die Vermögensverschiebung vorgenommen. Das Wollen des Zweckes ruft den Entschluß zur Vermögensverschiebung hervor. Dieses Wollen ist der Grund der Vermögensverschiebung. Daher wird der rechtliche Zweck selbst causa, Grund, Rechtsgrund, bei Begründung von Forderungen Verpflichtungsgrund genannt. Der rechtliche Zweck (Schenkung, Schuldbegründung Schuldtilgung u. a. a.) unterscheidet sich stets von dem bloßen Beweggrunde. Das Wollen des rechtlichen Zweckes schließt stets die Vorstellung eines bestimmt qualifizirten Rechtserfolges in sich. Die Vermögenszuwendung (unmittelbare Geschäftswirkung) ist nicht an sich gewollt, sondern mit ihr weitere rechtliche Wirkungen. Beim Beweggrunde ist das nicht der Fall.

B. Manche Geschäfte sind nun in ihrer Gültigkeit von ihrem Zweck abhängig (kausale, materialisirte, individualisirte Geschäfte), d. h. die Vermögensverschiebung tritt nur ein, wenn auch ihr Zweck gewollt und erklärt ist und eintritt. Andernfalls ist die Vermögensverschiebung nichtig. Diese Gestaltung durch das positive Recht wird also der Parteiabsicht gerecht, die auf die Vermögensverschiebung und den Zweck geht. Sie ist die natürliche, und für gewisse Typen von Geschäften ist der rechtliche Zweck essentiale negotii (Darlehn, Kauf).

C. Andere Geschäfte dagegen sind in ihrer Gültigkeit von ihrem Zweck unabhängig (abstrakte Geschäfte)[1], d. h. die Vermögensverschiebung tritt ein, auch wenn der Zweck nicht oder nichtig gesetzt oder unwirksam ist oder wird. Die eingetretene Vermögensverschiebung ermangelt dann ihres Rechtsgrundes. Diese positive Regelung ist eine künstliche. Sie bezweckt Vereinfachung und Durchsichtigkeit des Thatbestandes und damit Erleichterung des Beweises und der Negotiabilität der Rechte.

1. Zu den abstrakten Geschäften zählen:

a. der dingliche Vertrag in der Auflassung und zur Belastung eines Grundstückes, zur Aenderung des Rangverhältnisses, zur Uebertragung des Eigenthumes an beweglichen Sachen, zur Bestellung eines Nießbrauches, zur Bestellung des Faustpfandes, des

[1] Die Bezeichnung „Formalgeschäfte" ist irreführend, da die Form mit der abstrakten Natur nicht in wesentlichem Zusammenhang steht.

Digitized by Google

Pfandrechtes am Schiff ꝛc. (vgl. Bd. II, §§ 8. 9. 16. 18. 42. 68. 72 ꝛc.);

b. der Schulderlaß, die Abtretung der Forderung, die Schuldübernahme zwischen Gläubiger und neuem Schuldner (Bd. I, §§ 97, 100. 101);

c. das selbständige Schuldversprechen, das Schuldanerkenntniß und die Inhaberpapierschuld (Bd. I, §§ 134. 137).

2. Fehlt es nun in diesen Fällen an dem rechtlichen Zwecke (z. B. das den Zweck setzende Geschäft wird wegen Betruges, Irrthumes, Formmangels beseitigt), so ergiebt sich nur die Kondiktionshülfe (812 ff.).

III. Der Inhalt der Rechtsgeschäfte darf nicht gegen Rechtsverbot und gegen die guten Sitten verstoßen[1].

Nicht jedes verbotene Geschäft ist auch ein unsittliches, weil die Verbote oft nur im Interesse einer Partei erlassen sind, und nicht jedes unsittliche Geschäft ist ein verbotenes. Daher gilt Das, was für die verbotenen Geschäfte vorgeschrieben ist, nicht ohne Weiteres auch für die unsittlichen (z. B. 309).

A. Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig (134). Die Vorschrift ist ergänzender Natur. Es kann aus dem Verbotsgesetze oder aus sonstigen Rechtssätzen (Strafrecht) eine andere Folge sich ergeben. Es kann auch das Verbot nur gegen eine Geschäftspartei gerichtet sein. Es muß daher immer die Auslegung der betreffenden Verbotsgesetze entscheiden.

1. Das Verbotsgesetz kann dem öffentlichen Recht (Strafrecht) angehören. Auch das BGB. stellt Verbote auf. Schwierig ist aber die Feststellung, wann im BGB. ein Verbotsgesetz vorliegt. Die Fassung des Gesetzes geht entweder dahin, daß die betreffende Verfügung überhaupt nicht oder nur unter Voraussetzungen vorgenommen werden kann (225. 276), oder dahin, daß die Verfügung für nichtig erklärt wird (248), oder, daß sie bei Nichtigkeit nicht vorgenommen werden darf, oder, daß sie unwirksam ist (925), oder, daß sie unzulässig ist (1014). In wieder anderen Fällen ist die Folge der Vornahme des Geschäftes näher festgestellt (456—458). Ob in diesen oder anderen Fällen auch wirklich Verbote gemeint sind, ist durch Auslegung festzustellen. Das BGB. gebraucht gleiche Wendungen da, wo es sich um sonstige Mängel handelt (z. B. 105).

[1] Isay, Die Willenserklärung im Thatbestande des Rechtsgeschäfts ꝛc. (1899) S. 94 ff.

Digitized by Google

2. Das Verbotsgesetz kann gewisse Geschäfte oder gewissen Geschäftsinhalt (gewisse Leistungen) treffen wollen. Auch in dem letzteren Falle verstößt das Geschäft gegen das Verbot.

3. Wenn das Verbotsgesetz das kausale Geschäft trifft, so ist es Auslegungsfrage, ob die Nichtigkeit auch die darauf gegründete abstrakte Vermögensverschiebung trifft.

4. Dem Verbotsgesetz steht das im öffentlichen Interesse erlassene gesetzliche Veräußerungsverbot gleich (719. 400, CPO. § 749. 2033, Abs. 3), vgl. B.

5. Geschäfte, die für den Fall, daß das Verbotsgesetz fortfallen sollte, geschlossen sind, sind gültig geschlossen. Das ist anerkannt für die obligatorischen Verträge (309), gilt aber auch für sachenrechtliche und andere Geschäfte.

6. Der unmittelbaren Verletzung des Verbotes steht die Umgehung gleich, d. h. die Verwirklichung eines thatsächlichen Erfolges, der vom Gesetz durch das Verbotsgesetz ausgeschlossen sein sollte, auf einem vom Verbotsgesetz nicht bezeichneten Wege (agere in fraudem legis). Das Umgehungsgeschäft ist nichtig, weil und soweit das Verbotsgesetz eben den praktischen thatsächlichen Erfolg überhaupt bekämpfen will, nicht aber, wenn nur seine Verwirklichung durch eine bestimmte Geschäftsart[1]. Die Umgehung der Verbotsgesetze unterscheidet sich von dem Scheingeschäfte (Simulation); allerdings kann man auch die Simulation benutzen, um Verbote zu umgehen. Beim agere in fraudem legis als solchem fehlt es aber an der der Simulation wesentlichen Nichtübereinstimmung zwischen Wille und Erklärung. Von beiden heben sich die fiduziarischen Geschäfte ab[2]. Die Parteien wollen eine Vermögensverschiebung (Eigenthumsübergang, Forderungsabtretung ꝛc.). Diese geht aber im Einverständniß der Parteien über die von ihnen beabsichtigten Zwecke hinaus und soll daher nur zu diesen Zwecken von Dem, zu Gunsten dessen sie eintritt (Fiduziar), ausgenutzt werden. Der Fiduziar soll z. B. nur zu Pfandzwecken oder als Bevollmächtigter über das Recht verfügen dürfen. Die Rechtswirkung der Vermögensverschiebung wird also durch Vereinbarung der Parteien (fiducia) restringirt. Nach außen hat der Fiduziar die volle Rechtsstellung mit allen Konsequenzen, was be-

[1] Daher die vielverhandelte Frage: Wenn ein Gesetz die Begründung eines Pfandrechtes an Mobilien nur als Faustpfand kennt, sind dann die Uebertragungen zu Eigenthum zu Pfandzwecken Umgehungen dieses Gesetzes? Regelsberger I, S. 520, Note 18.

[2] Ueber fiduziarische Zession. Vgl. Hellmann, Krit. V.J.Schr. Bd. 41 (1899) S. 238. Dernburg, D. bürgerl. Recht II S. 304 f.

Digitized by Google

sonders für den Konkursfall des Fiduziars mit Unrecht geleugnet wird; im inneren Verhältniß zum Fiduzianten ist der Fiduziar aus der Abrede für Mißbrauch seiner Rechtsstellung verantwortlich. Ueberall liegt völlige Uebereinstimmung des Parteiwillens mit der Erklärung vor, ist Simulation also ausgeschlossen. Ob eine Gesetzesumgehung vorliegt, läßt sich aus dem Geschäfte selbst niemals entnehmen, sondern nur aus dem Inhalte des angeblich umgangenen Gesetzes. Schon deshalb hat das fiduziarische Geschäft als solches mit dem in fraudem legis nichts gemein (vgl. Bd. I § 100, I F, Z. 2).

7. Die Nichtigkeit tritt nur ein, soweit sich nicht aus dem Verbotsgesetze etwas Anderes ergiebt. Besonders werden Strafgesetze nicht immer auch die privatrechtliche Nichtigkeit der Willenserklärung bestimmen wollen. Vgl. 225 mit 477, Abs. 1. 638, ferner 671, Abs. 2. 723, Abs. 2.

B. Verstößt die Verfügung über einen Gegenstand gegen ein gesetzliches Veräußerungsgebot, das nur zum Schutze bestimmter Personen, erlassen ist, so ist die Verfügung nur diesen Personen gegenüber unwirksam (135). Anwendungsfälle sind: 883. 1098. 1092. 2113.

1. Den gesetzlichen Veräußerungsverboten dieser Art stehen gleich richterliche oder Veräußerungsverbote anderer Behörden, die sie innerhalb ihrer Zuständigkeit erlassen (136). Nicht gleich stehen rechtsgeschäftliche (vertragsmäßige und letztwillige) Veräußerungsverbote, die grundsätzlich nur schuldrechtlich wirken (137, vgl. aber 399. 405. 1136)[1].

2. Welche Verfügungen im Einzelnen unter das Veräußerungsverbot fallen, ist durch Auslegung festzustellen. Der rechtsgeschäftlichen Verfügung steht aber gleich die Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung und der Arrestvollziehung, weil der Verfügung des an sich Verfügungsberechtigten die Verfügung aus seinem Rechte gleichstehen muß, nicht aber Verfügungen des Konkursverwalters (KO. § 13). Dem Verbote und seinen Folgen unterliegen nicht Rechte, die erworben sind vor Inkrafttreten des Verbotes, und Erwerbungen seitens Dritter kraft Gesetzes.

3. Die Wirkung des Verbotes ist die der relativen Nichtigkeit, d. h. die Verfügung ist, ohne daß es einer Willenserklärung des Geschützten bedürfte, ihm gegenüber von Anfang an nichtig, wenn nicht seine Einwilligung vorlag oder seine nachträgliche

[1] Vgl. Philipp, Bl. für Rechtsanwendung Jahrgg. 64 (1899) S. 353 ff. 369 ff.

Digitized by Google

Genehmigung eintritt (vgl. KO. § 7, Str.PO. § 326). Der Erwerber genießt aber den Schutz des guten Glaubens. Dem Veräußerer gegenüber ist die Veräußerung völlig wirksam (vgl. CPO. § 772).

C. Verletzung der guten Sitten bewirkt Nichtigkeit des dagegen verstoßenden Geschäftes (138).

1. Der hier anzulegende Maßstab der „guten Sitten" ist dahin zu verstehen, daß die moralischen Durchschnittsanschauungen entscheidend sind, nicht besondere subjektive, sei es unter oder über dem Durchschnittsniveau stehende moralische Auffassungen. Viel schwieriger ist aber die Frage, wieweit das einzelne Geschäft einer Prüfung auf Moralwidrigkeit unterzogen werden kann. Bei der einschneidenden Folge der Nichtigkeit ist eine Grenze durchaus erforderlich. Selbstverständlich ist ein Geschäft moralwidrig, wenn es auf eine Handlung, Duldung oder Unterlassung, die moralwidrig ist, abzielt, z. B. ein Vertrag, durch den sich Jemand zur Begehung oder Duldung einer unmoralischen Handlung oder zur Unterlassung von etwas sittlich Gebotenem verpflichtet. Hierher gehört auch der in 138, Abs. 2 hervorgehobene Thatbestand. Ein Rechtsgeschäft ist nichtig, wenn sich Jemand unter Ausbeutung der Nothlage, des Leichtsinnes oder der Unerfahrenheit eines Andern sich oder einem Dritten eine Gegenleistung versprechen oder gewähren läßt, welche den Werth der eigenen Leistung unter den obwaltenden Umständen unverhältnißmäßig übersteigt. Ferner ist unsittlich eine Willenserklärung, die auf eine sittlich erlaubte Handlung, Duldung oder Unterlassung abzielt, die aber nach sittlichen Anforderungen nicht unter Rechtszwang gestellt werden darf, sondern der freien Entscheidung des Einzelnen überlassen bleiben muß. Unter diesen Gesichtspunkt können die sog. Konkurrenzklauseln in Dienstverträgen und Konventionalstrafversprechen[1] gehören. Schließlich wird eine Willenserklärung unsittlich, wenn durch sie für Handlungen, Duldungen oder Unterlassungen ein Geldäquivalent in Aussicht gestellt wird. Ueberall liegt die Unsittlichkeit des Geschäftes entweder in seinem unmittelbaren Inhalte und deshalb auch in der Bedeutung des Geschäftes für die Sittlichkeit, oder sie liegt lediglich in dieser letzten Bedeutung.

2. Das unsittliche Geschäft ist nichtig. Dieser Grundsatz erährt aber Modifikationen durch 817 (vgl. Bd. I, § 141).

IV. Enthält das Rechtsgeschäft eine Verfügung über ein Recht, so tritt Nichtigkeit ein, wenn das Recht dem Verfügenden

[1] Vgl. Fuld, Sächs. Arch. Bd. 9 (1899) S. 548 ff.

Digitized by Google

nicht zusteht oder soweit er in der Verfügung darüber beschränkt ist. Verfügung bedeutet Uebertragung, Belastung, Aufhebung und mindernde oder abschwächende Aenderung des Rechtes (vgl. Bd. I, § 47. V. B.) Eine Verfügung, die Jemand über fremdes Recht trifft, kann er in fremdem Namen ohne oder mit Vertretungsmacht, (Bd. I, § 56), aber auch in eigenem Namen treffen. Nur dieser letzte Fall ist hier zu besprechen (185).

A. Die Verfügung ist wirksam, wenn sie mit Einwilligung des Berechtigten erfolgte oder die Genehmigung eintritt (Bd. I, § 57).

Bei der Einwilligung tritt die Wirkung der Verfügung mit der Vornahme ein, bei der Genehmigung, so bald diese erfolgt. Es tritt aber Rückwirkung ein (184).

B. Die Wirksamkeit tritt auch dann ein, wenn der Verfügende den Gegenstand erwirbt, oder wenn der Verfügende vom Berechtigten beerbt wird und der Berechtigte für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haftet. In diesen Fällen tritt aber keine Rückwirkung ein. Sind hier mehrere Verfügungen in Frage, die inhaltlich nicht vereinbar sind, nicht in Einklang stehen, so wird nur die frühere Verfügung wirksam, bei gleichartigen Verfügungen derart also keine.

C. Die Verfügungen Nichtberechtigter sind aber wirksam, soweit die Vorschriften über den Erwerb auf Grund guten Glaubens eingreifen (Bd. II, §§ 10. 19).

§ 55.

Die Bedeutung der Geschäftsmängel[1].

I. Das BGB. kennt einen allgemeinen Begriff der Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte. Es bezeichnet damit alle Fälle, in

---

[1] Materialien: M. I. S. 217 ff. P. I. S. 125 ff. 179. VI S. 145 f. 383.

Litteratur: 1888: Klöppel, Gruch. Beitr., Bd. 32, S. 639 ff. Hölder, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 73, S. 104 ff. Zróblowski, Kodifikationsfragen, S. 31. Strohal, Jahrb. f. Dogm., Bd. 27, S. 460 f. 1889: Hölder, Ueber den Entwurf ꝛc. (Vortr.), S. 25 f. Goldschmidt, Krit. Erörterungen, S. 64 ff. Mitteis, Jahrb. f. Dogm., Bd. 28, S. 85 ff. Strohal, ebenda, S. 372 ff. 1890: Hellmann, GA., S. 489 ff. Zitelmann, Beitr., H. 9/10, S. 69 ff. 160 f. Rocholl, Vorschläge, S. 53 ff. Fischer, Jahrb. f. Dogm., Bd. 29, S. 329 f. 1891: Hölder, Pandekten I, § 58. 1892: Bähr, Gegenentw., S. 29. Jakubezky, Bemerkungen, S. 30. 1893: Regelsberger I, §§ 174—176. 1896: Eck, Allgemeiner Theil, S. 39 ff.

Digitized by Google

denen der rechtliche Erfolg der Willenserklärung negirt ist, gleichgültig, aus welchem Grunde. Hierunter gehören denn auch die Fälle, in denen wegen Geschäftsmangels (Fehlen der Geschäftsfähigkeit oder der vollen Geschäftsfähigkeit, Vernachlässigung der Form, Nichtübereinstimmung von Wille und Erklärung, unstatthafter Inhalt und reprobirter Beweggrund) *Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit* eintritt. Die Nichtigkeit ist völlige Unwirksamkeit, die Anfechtbarkeit eine beschränkte. Als eine beschränkte Unwirksamkeit kennt das Gesetz ferner die relative Nichtigkeit (135, Bd. I, 54. III.) und die *schwebende oder einstweilige* Unwirksamkeit, die während des Schwebezustandes bei Thatbeständen vorliegt, die sich successive verwirklichen (z. B. bei der Bedingung Bd. I. § 58, Zustimmung, Bd. I, § 57).

II. Die Geschäftsmängel bewirken entweder *Nichtigkeit* oder *Anfechtbarkeit oder relative Nichtigkeit*.

A. *Die Nichtigkeit*. Das nichtige Geschäft äußert nicht die *normalen* Wirkungen. Andere Wirkungen können sich dagegen an das nichtige Rechtsgeschäft anknüpfen (118. 122). Die Nichtigkeit tritt nicht in Folge einer Willenserklärung ein, sondern ist mit ihrem Grunde gegeben. Eine Klage ist nothwendig zur Geltendmachung der Nichtigkeit einer Ehe (Nichtigkeitsklage, 1329). Eine Feststellungsklage ist stets möglich. Leistung aus nichtigem Geschäft begründet den Anspruch auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung. Auf die Nichtigkeit kann sich Jeder berufen, dessen Interesse durch das nichtige Geschäft, wenn es als gültiges bestehen bliebe, berührt würde.

1. Nichtigkeit tritt ein, wenn ein zur *Errichtung* des Geschäftes *wesentliches Erforderniß* fehlt (Fehlen der Geschäftsfähigkeit, des Willens, der Form, Unstatthaftigkeit des Inhaltes).

2. Die Nichtigkeit ist eine *definitive und unheilbare*. Fallen die Umstände fort, welche die Nichtigkeit bereits bewirkt haben, so wird das Geschäft nicht gültig.

Bestätigt Derjenige, der das Geschäft vorgenommen hat, das

Jacobi, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 86, S. 51 ff. 1897: Hellmann, Vorträge über das BGB., §§ 20—23. Bunsen I, § 16. Schefold, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 87, S. 453 ff. Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse, S. 109. 1898: Kuhlenbeck, Von den Pandekten I, S. 324 ff. Goldmann-Lilienthal, S. 67 ff. Leske, § 27. Hachenburg, Das BGB., S. 32 f. 59. Weyl I, § 52. Eck, § 29. 1899: Endemann I, §§ 74. 75. Cosack I, § 53. Krückmann, §§ 79—82. v. Buchka, § 5.

Digitized by Google

nichtige Geschäft, so ist das als neue Vornahme des Geschäftes zu beurtheilen. Ist die Absicht der Parteien irgendwie klar, daß das frühere nichtige Geschäft gelten solle, so liegt darin die Bestätigung. Es müssen aber auch alle Erfordernisse für die Errichtung des Geschäftes vorliegen, besonders auch die Form. Die rechtlichen Wirkungen knüpfen sich an die Bestätigung. Das alte Geschäft ist nur Auslegungsbehelf. Diese Bestätigung ist also durchaus neues Geschäft. Hinzu tritt eine wichtige Auslegungsregel: Wird ein nichtiger Vertrag (Eigenthumsübertragung, Schuldvertrag) von den Parteien bestätigt, so sind die Parteien im Zweifel verpflichtet, einander Das zu gewähren, was sie haben würden, „wenn der Vertrag von Anfang an gültig gewesen wäre". In der Bestätigung liegt also der neue Vertrag und ein weiterer schuldrechtlicher Vertrag (schuldrechtliche Rückwirkung der Bestätigung). Die gleiche Auslegungsregel greift Platz, wenn durch Vertrag ein einseitiges nichtiges Geschäft bestätigt wird, z. B. eine nichtige Kündigung. Die Bestätigung hat also niemals dingliche, auch nicht relativ dingliche Wirkung (141).

3. Haben die Parteien zur Herbeiführung des Rechtserfolges gerade ein bestimmtes Geschäft beabsichtigt und ist dieses nun nichtig, so fragt es sich, ob der Thatbestand eines andern Rechtsgeschäftes erfüllt vorliegt, und wenn das der Fall ist, ob die Parteien bei Kenntniß der Nichtigkeit die Geltung dieses gewollt haben würden. Bestätigt die Auslegung auch letzteres, so ist dieses andere Geschäft gültig (140, Konversion). Die Konversion ist nicht Auslegung, da ja der Wille zweifellos auf das nichtige Geschäft gerichtet war. Wäre er auch zugleich eventuell auf das zweite Geschäft gerichtet, so bedürfte es besonderer Vorschriften nicht, die Auslegung würde völlig genügen, wie auch dann, wenn die Parteien das Geschäft nur falsch bezeichnet haben. Hier ist nur ein Geschäft gewollt und der falsche Name thut nichts zur Sache. Die Konversion beruht vielmehr darauf, daß den Parteien an dem Rechtserfolge in seinen wesentlichen Punkten mehr liegt als an dem geschäftlichen Wege zu demselben. Wie beim Rechtsgeschäft überhaupt das Wollen des Rechtserfolges genügt, um die rechtliche Wirkung eintreten zu lassen, so muß auch der von den Parteien beabsichtigte Weg hinter dem Wollen des Erfolges überhaupt zurücktreten. Die Konversion arbeitet aber mit der Auslegung. Es muß aus den Handlungen der Parteien festgestellt werden, daß sie das konvertirte Geschäft gewollt haben würden. Das ist anzunehmen nicht schon bei bloßer Verwandtschaft

Digitized by Google

des zweiten Geschäftes mit dem ersten, sondern nur, wenn der von den Parteien beabsichtigte Rechtserfolg im Wesentlichen auch durch das zweite Geschäft verwirklicht wird. Der bei Konversion eintretende rechtliche Erfolg liegt also in der Richtung der wesentlichen Parteiabsichten.

4. Daß bei Vernachlässigung der Formvorschriften die eintretende Nichtigkeit geheilt werden kann, ist Bd. I, § 51 hervorgehoben. Dagegen wird ein nichtiges Geschäft, auch wenn die Nichtigkeit nicht auf Verletzung der Form oder des Verbotes beruht, durch Erfüllung nicht geheilt, wenn dem Betheiligten die Nichtigkeit bekannt ist[1]. Besondere Eigenthümlichkeiten hat die Nichtigkeit bei der Ehe. Sie ist nicht nur heilbar bei Formenmangel (1324), sondern auch bei Geschäftsunfähigkeit ꝛc. durch Bestätigung, die nicht der Form der Eheschließung bedarf (1325), beim impedimentum, criminis adulterii durch nachträgliche Befreiung (1328). In allen Fällen ist die Ehe von Anfang an als gültig zu betrachten.

5. Eine nichtige Verbindlichkeit kann nicht indirekt durch Vereinbarung einer Strafe aufrechterhalten werden (344).

B. Die Anfechtbarkeit.

Anfechtbar ist ein Rechtsgeschäft, wenn die Wirkungen zwar wie beim normalen Geschäft eintreten, aber durch bestimmte Personen (Anfechtungsberechtigte) entkräftet werden können. Der Richter hat den Antrag dieser Personen abzuwarten. Die Anfechtung bewirkt Entkräftung des Geschäftes, d. h. die eingetretenen Wirkungen sollen rückgängig gemacht, weitere für die Zukunft abgeschnitten werden.

1. Geltendmachung der Anfechtung (143).

Die Anfechtung erfolgt durch formlose Willenserklärung[2]. Die Erklärung muß den Willen erkennen lassen, daß der Erklärende an die angefochtene Erklärung nicht gebunden sein will. Ob die Anfechtung auch in einer sonstigen Geltendmachung des Anfechtungsgrundes liegt, ist Auslegungsfrage.

Die Anfechtungserklärung ist eine empfangsbedürftige (Bd. I, § 4). Adressat und Empfänger ist der Anfechtungsgegner

[1] Vgl. Hellmann, Krit. V.J.Schr. Bd. 40 (1898) S. 181 gegen Cosack I, S. 156, Z. 5.

[2] Im röm. Recht ist Ausnahme die außergerichtliche Erklärung, Regel die Anfechtung durch gerichtlichen Akt (Klage, Einrede, Restitution). Nach dem BGB. ist Feststellungsklage möglich (CPO. § 256). Ausnahmsweise formalisirt sind die Anfechtung der Ehe (1341. 1342), der Annahme und Ausschlagung der Erbschaft (1955).

Digitized by Google

oder eine Behörde. Anfechtungsgegner ist bei *Verträgen*[1] der andere Theil auch dann, wenn von diesem wieder ein Dritter erworben hätte. Im Falle der durch einen Dritten verübten arglistigen Täuschung ist der Gegner Derjenige, welcher aus dem Vertrag unmittelbar ein Recht erworben hat (123, Abs. 2, 1342, Abs. 1. 2281. 2156. 2192). Bei *einseitigen empfangsbedürftigen* Willenserklärungen ist Anfechtungsgegner der Adressat. War die Willenserklärung entweder dem Anderen *oder* der Behörde gegenüber abzugeben, und ist sie der Behörde gegenüber abgegeben worden, so ist Anfechtungsgegner doch die betreffende Privatperson. Anfechtungsgegner bei *einseitigen, nicht empfangsbedürftigen* Willenserklärungen ist Jeder, der *Rechtsvortheile unmittelbar* durch das Rechtsgeschäft erlangt hat, nicht also der weitere Singularsuccessor. War die Erklärung einer Behörde gegenüber abzugeben, so *kann* die Anfechtung durch Erklärung an die Behörde erfolgen, welche die Anfechtung Demjenigen mittheilen soll, „der durch das Rechtsgeschäft unmittelbar *betroffen* worden ist".

Stehen dem Anfechtungsberechtigten mehrere Gegner gegenüber (Erben, Legatare aus einem anfechtbaren Testament), so wirkt die Anfechtung gegenüber einem Gegner nicht auch gegen die übrigen. Ist aber eine theilweise Nichtigkeit des Geschäftes möglich (C.), so wirkt sie soweit dem einen Gegner gegenüber. Ist die theilweise Nichtigkeit nicht möglich, so wirkt sie weder gegen den einen noch gegen die andern Gegner. Hier ist dann Anfechtung gegen alle Gegner nöthig (vgl. 2081)[2].

Der Anfechtungsberechtigte ergiebt sich aus den das Anfechtungsrecht feststellenden Vorschriften. Das Anfechtungsrecht ist kein *Anspruch*, unterliegt daher nicht der Verjährung, wohl aber einer *gesetzlichen Befristung* (119. 121. 124).

2. *Die Wirkung der Anfechtung* (142).

Die Anfechtung schneidet zunächst weitere Wirkungen für die Zukunft ab. Davon abgesehen hat sie nicht lediglich schuldrechtliche Wirkung, sondern *dingliche*. Das Geschäft wird, sobald es angefochten ist, nicht nur im Verhältniß der Parteien zu einander, sondern auch Dritten gegenüber von Anfang an als nichtig betrachtet (*absolute* dingliche Wirkung). Dritte, die auf Grund des anfechtbaren Geschäftes einen Rechtserwerb gemacht haben, oder sich mit der

[1] Die Bestimmung in 318, Abs. 2 ist nur insofern abweichend, als ein Anfechtungsrecht des Dritten nicht besteht und er auch nicht Anfechtungsgegner ist.

[2] Plank, S. 195. A. M. *Hölder*, Komment. S. 319 f.

Digitized by Google

einen oder anderen Partei in ein Geschäft eingelassen haben, genießen den Schutz des guten Glaubens. Kenntniß oder Kennenmüssen der Anfechtbarkeit steht der Kenntniß oder dem Kennenmüssen der Nichtigkeit gleich (vgl. 409).

Die Wirkung der Anfechtung kann nicht indirekt durch Vereinbarung einer Vertragsstrafe vereitelt werden (344).

3. Die Anfechtbarkeit wird geheilt durch Bestätigung (144) seitens des Anfechtungsberechtigten. Diese enthält einen Verzicht auf das Anfechtungsrecht. Der Verzicht ist dem Anfechtungsgegner gegenüber zu erklären. Ein solcher Verzicht kann besonders in der Vollziehung des Leistungsgeschäftes in Kenntniß der Anfechtbarkeit des Kausalgeschäftes liegen. Die Bestätigung bedarf nicht der für das Rechtsgeschäft bestimmten Form. Selbstverständlich tritt Heilung durch Versäumniß der Frist ein.

C. Theilweise Nichtigkeit und Anfechtbarkeit.

Nichtigkeit und Anfechtbarkeit können nur einen Theil eines Rechtsgeschäftes treffen, so daß im Uebrigen das Rechtsgeschäft bestehen bleiben könnte. Nach 139 gilt aber die Auslegungsregel, daß, wenn ein Theil eines Rechtsgeschäftes nichtig ist, das ganze Rechtsgeschäft nichtig sein soll, es wäre denn anzunehmen, daß es auch ohne den nichtigen Theil vorgenommen sein würde (vgl. 155, Bd. I, § 52).

Was von der Nichtigkeit gilt, gilt auch für die Anfechtbarkeit, wenn die Anfechtung durchgeführt ist.

Bei der aufgestellten Vermuthung ist nicht unterschieden, ob es sich um selbständige Theile (die für sich den Inhalt eines Rechtsgeschäftes bilden können) oder unselbständige (die an sich schon nur in Verbindung mit anderen einen Sinn haben können) handelt, sondern nur auf die muthmaßliche Entscheidung der Parteien im Momente der Vornahme des Rechtsgeschäftes.

Die entgegengesetzte Vermuthung für die Gültigkeit der übrigen Verfügungen gilt bei dem Testamente, wenn andere darin getroffene Verfügungen unwirksam sind. Die übrigen sollen nur dann unwirksam sein, wenn anzunehmen ist, daß der Erblasser sie ohne die hinfällige nicht getroffen haben würde. Hier handelt es sich aber nur um koordinirte, selbständige, im Testamentsgeschäft vereinigte Geschäfte. Bezüglich jeder einzelnen Verfügung tritt die Regel in 139 ein (2085. 2195).

D. Die relative Nichtigkeit tritt ein im Falle der Veräußerung gegen ein zum Schutz einer bestimmten Person bestehendes Veräußerungsverbot (135). Darüber vgl. Bd. I, § 54.

Digitized by Google

§ 56.

Vertretung und Vollmacht[1].

Das Bedürfniß einer Vertretung tritt nicht nur bei Geschäftsunfähigen (Kindern, Wahnsinnigen, juristischen Personen) hervor, sondern auch bei Geschäftsfähigen.

I. *Stellvertretung ist Vornahme eines Rechtsgeschäftes oder Empfang einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung in fremdem Interesse und anstatt des Vertretenen mit der Absicht, daß die Rechtswirkungen bei dem Vertretenen eintreten sollen.*

Die Stellvertretung unterscheidet sich zunächst von der *rein thatsächlichen* Mitwirkung bei fremden Geschäften, wie sie bei dem Boten, Dolmetsch, Schreiber gegeben ist (sog. *Stellvertretung in der*

---

[1] Materialien: M. I. S. 223 ff. P. I. S. 134 ff., 174. 299. 517 f. II. S. 73 ff. 518. VI, S. 124 f. 134 ff. 644. 647. 786. D. S. 26 ff.

Litteratur: 1888: Bähr, Zur Beurtheilung, S. 19 ff. Schilling, Aphorismen, S. 49 ff. Rümelin, D. Selbstkontrahiren bes. S. 15 ff. 281 ff. 293. Zróblowski, Kodifikationsfragen, S. 32. 69 ff. Hölder, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 73, S. 110 f. 115 ff. Strohal, Jahrb. f. Dogm., Bd. 27, S. 446. Neumann, Gruch. Beitr., Bd. 32, S. 877. 1889: Jacoby, Annalen des d. Reiches, S. 663 ff. Freie, Zur gemeinrechtlichen Lehre von der beauftragten Vermögensverwaltung, bes. S. 195. 197 ff. Zitelmann, Beitr., H. 7/8, S. 28. 57 f. 119. 1890: Ruhstrat, Zeitschr. f. d. ges. Handelsr., Bd. 37, S. 43 ff. Jacoby, Zeitschr. f. d. Priv.- u. öff. R., Bd. 17, S. 161 ff. Reinhold, Gruch. Beitr., Bd. 34, S. 537 ff. Hellmann, GA., S. 502 ff. Westrum, GA., S. 232 ff. Rocholl, Vorschläge, S. 56 ff. Zitelmann, Beitr., H. 9/10, S. 80 ff. 162. Merkel, Krit. VJahr.Schr., Bd. 32, S. 305 f. 1891: Hölder, Pandekten I, § 57. Dunkhase, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 77, S. 100 ff. 1892: Bähr, Gegenentwurf, S. 29 ff. Jakubezky, Bemerkungen S. 31 f. 1893: Cretschmar, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 81, S. 161 ff. Regelsberger I, §§ 159—164. 1895: Kuhlenbeck, Rechtsprechung I, S. 311 ff. 321 ff. 335 ff. 1896: Lenel, Jahrb. f. Dogm., Bd. 36, S. 1 ff. Eck, Allgem. Theil, § 7. Dernburg, Persönliche Rechtsstellung ꝛc., S. 27 f. 1897: Hellmann, Vorträge, §§ 19. 24. Bunsen I, §§ 31—33. 1898: Börner, Sächs. Arch., Bd. 8, S. 129 ff. Enneccerus-Lehmann I, §§ 84—94. Leske, §§ 30—33. Hachenburg, Das BGB., S. 36 ff. Kuhlenbeck, Von den Pandekten ꝛc. I, S. 462 ff. Weyl I, §§ 55—57. Melliger, culpa in contrahendo etc. S. 88 ff. 242 ff. 1899: Endemann I, §§ 80—82. Cosack I, §§ 66—69. Krückmann, § 39. v. Buchka § 7. Habicht, Die Einwirkung des BGB. auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse, S. 108 ff. Fleck, Arch. f. bürg. R. Bd. 15, S. 337 ff. Clarus, Bl. f. Rechtsanwendg. Jahrgg. 64, S. 161 ff. 177 ff.

Digitized by Google

Erklärung). Alle diese Personen spielen die Rolle eines Organes eines Anderen; allerdings muß diese ihre Funktion sich auch äußerlich, was besonders beim Boten wichtig ist, in ihrem Auftreten kundthun. Nicht überall kann man sich eines Boten bedienen, sondern muß persönlich handeln (2064. 2274. 2290. 2347. 1317. 925 ꝛc.). Auch von der juristischen Mitwirkung des Notars, des Beistandes, der Urkundspersonen, die neben den Interessenten handeln, nicht sein Handeln ersetzen, unterscheidet sich die Stellvertretung.

Auch die Fälle, in denen aus fremdem Handeln Rechtswirkungen für Andere hervorgehen, ohne daß die Absicht des Handelnden auf den Eintritt dieser Rechtswirkung bei dem Anderen gerichtet sein muß, z. B. der zahlende Bürge befreit den Hauptschuldner, sind keine Fälle der Stellvertretung[1], ebensowenig ist Stellvertreter die Vertragspartei bei Abschluß eines Vertrages zu Gunsten Dritter, weil sie im eigenen Namen, nicht anstatt des Dritten handelt.

Schließlich ist keine Vertretung das Handeln des sog. Ersatzmannes, der zwar in fremdem Interesse, aber in eigenem Namen, d. h. mit der Absicht, daß die Rechtswirkungen bei ihm, dem Handelnden selbst, eintreten sollen, thätig wird (sog. indirekte Stellvertretung)[2]. Das BGB. wendet auf keinen dieser Fälle die Bezeichnung Vertretung an.

II. Der Stellvertretung ist wesentlich:

A. ein Handeln des Vertreters, also eine Willenserklärung von seiner Seite (daher: Stellvertretung im Willen), und

B. im Namen des Vertretenen, d. h. der Vertreter muß den Vertretungswillen kundgegeben haben. Das kann sowohl stillschweigend wie ausdrücklich und auch schon vor Abgabe der Willenserklärung geschehen und für eine Reihe von Geschäften im Voraus, so daß es bei den einzelnen Geschäften als stillschweigend wiederholt gilt (164).

1. Diese Kundgebung des Vertretungswillens ist wesentlicher Inhalt der Vertretererklärung; ist sie nicht erfolgt, so ist die Vertretererklärung unvollständig. Der Vertreter hat etwas Anderes erklärt als er gewollt hat, bez. Das nicht erklärt, was er gewollt hat (Irrthum). X will im Namen des Y an Z erklären; Z nimmt an, X erkläre im eigenen Namen. Ist die Erklärung des X als Vertretererklärung kenntlich, so gilt sie als solche, ist sie es nicht, so gilt sie als Erklärung des X im eigenen Namen, die er

[1] Beim Erwerbe der römischen patres familias durch Hauskinder und Sklaven spricht man allerdings von einer notwendigen Stellvertretung.

[2] Vgl. HGB. §§ 383 ff., bes. 392, Abs. 2.

Digitized by Google

aber nach 119 anfechten könnte. In diesem Falle soll aber nach 164, Abs. 2 die Anfechtung ausgeschlossen sein. Der Handelnde wird als Kontrahent im eigenen Namen betrachtet, der Mangel in seinem Willen kommt nicht in Betracht. Er kann sich also dem Gegner gegenüber nicht darauf berufen, daß er in fremdem Namen habe kontrahiren wollen. Die Bestimmung soll nur den dritten Gegner (Z) sichern gegen den Handelnden (X), wenn er diesen berechtigterweise als Kontrahenten in Anspruch nimmt. Das Geschäft gilt aber in jeder Hinsicht als das des Vertreters, so daß auch keine Wirkungen für den Vertretenen (Y) erwachsen können, wenn dieser etwa das Geschäft genehmigt[1].

Will aber X im Namen des Y handeln, der Gegner faßt aber die Erklärung so auf, als wolle X im Namen des Z handeln, so bleibt es bei der Regel. War also der Wille des X kenntlich, so treten die Wirkungen bei Y ein, war er es nicht, so kann Anfechtung nach 119 erfolgen. Will X im eigenen Namen handeln, der Gegner nimmt aber an, er wolle für Y handeln, so liegt es ebenso.

2. Soll eine einem Andern gegenüber abzugebende Willenserklärung dessen Vertreter gegenüber abgegeben werden, so muß der Empfänger den Vertretungswillen haben und dieser muß stillschweigend oder ausdrücklich erklärt sein (164, Abs. 3). Wesentlicher Inhalt der Willenserklärung des Erklärenden ist hier, daß sie dem Adressaten als Vertreter zugeht, nicht für seine eigene Person. Es muß dieses in der Willenserklärung des Erklärenden kenntlich werden. Giebt A dem B als dem Vertreter des X eine Erklärung (Vertragsantrag) ab und ist dem B diese Absicht kenntlich, so ist die Erklärung für X empfangen; ist dem B diese Absicht nicht kenntlich und nimmt er an, der Antrag sei ihm für seine Person gemacht, so kommt der Vertrag zwischen A und B zu Stande und A hat nur ein Anfechtungsrecht nach 119.

C. Daß der Vertreter auch Vertretungsmacht hat und sich im Rahmen derselben hält, ist für das Wesen der Vertretung gleichgültig. Dieses Moment bestimmt nur die Wirkung der Vertretung für den Vertretenen. Es giebt Vertretung mit und ohne Vertretungsmacht.

---

[1] So Enneccerus-Lehmann I, S. 198. Planck zu 164 gegen Eck, Allgem. Theil, S. 65 f. Rehbein, S. 252. Cosack I, S. 216 f. Gegen Eck auch Fleck, Arch. f. bürg. R. Bd. 15 (1899) S. 377 ff., der aber die Bestimmung in 164 nicht für anwendbar hält in der Frage des Besitz- und Eigenthumserwerbes. Ueber diesen Punkt Vgl. Bd. II, § 3.

Digitized by Google

D. Da die Willenserklärung vom Vertreter ausgeht (A), die Wirkung aber beim Vertretenen eintreten soll, so beantworten sich demgemäß eine Reihe von Fragen über die Gültigkeit des vom Vertreter geschlossenen Geschäftes.

1. Der Vertreter muß Geschäftsfähigkeit besitzen, nicht der Vertretene. Beschränkung in der Geschäftsfähigkeit schadet nicht, da die Beschränkung ihrem Zwecke nach immer nur ein Handeln des Beschränkten in eigenen Angelegenheiten im Auge hat. Der in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Vertreter kann daher Geschäfte abschließen, und es können ihm gegenüber Geschäfte vorgenommen werden (165).

2. Der Inhalt des Geschäftes und die Form sind, soweit mit Rücksicht auf die beim Geschäft betheiligten Parteien besondere Rechtsvorschriften bestehen, nach der Person des Vertretenen zu beurtheilen.

3. Die Auslegung des Willens erfolgt aus der Person des Vertreters.

4. Willensmängel (116—123), Kenntniß und Kennenmüssen und Dissens bei Verträgen müssen aus der Person des Vertreters (116, Abs. 1) beurtheilt werden.

a. Hat also z. B. der Vertreter unter dem Einfluß von Drohung oder Täuschung eine Willenserklärung abgegeben, so kann dieselbe vom Vertretenen angefochten werden, selbst wenn die Willenserklärung dem Willen des Vertretenen entsprach. Ebenso liegt es prinzipiell bei Drohung und Täuschung, durch die der Vertreter den Dritten bestimmt hat, und in den Fällen des geheimen Vorbehaltes, des Scherzes, der Simulation und des Irrthumes (vgl. aber III.).

b. Hängt die Rechtswirkung von einem Kennen oder Kennenmüssen oder Nichtkennen oder Nichtkennenmüssen der Partei ab (z. B. 307. 173. 561. 932. 439. 460), so ist auch dieses in der Person des Vertreters festzustellen (vgl. III.).

III. Vertretung mit Vertretungsmacht.

A. Die Vertretungsmacht kann beruhen

1. auf Gesetz; gesetzliche Vertretungsmacht haben die gesetzlichen Vertreter (Vater, Vormund, Pfleger, Beistand der Mutter nach 1693). Die Stellung der gesetzlichen Vertreter haben der Vorstand, die besonderen Vertreter und die Liquidatoren der Vereine und Stiftungen. Gesetzliche Vertretungsmacht besitzt die Ehefrau im Rahmen der Schlüsselgewalt, der Ehemann bez. des Ehegutes, der Testamentsvollstrecker, Nachlaßverwalter und Konkursverwalter.

Digitized by Google

2. Beruht die Vertretungsmacht auf Ertheilung durch den Vertretenen, so heißt sie Vollmacht; daher der Unterschied von gesetzlicher und freigewählter (gewillkürter) Vertretung durch Bevollmächtigte.

B. Die Vollmacht.

Vollmacht ist die Willenserklärung des Inhaltes, daß ein Anderer für den Erklärenden und an seiner Statt solle Geschäfte abschließen können.

1. Ertheilt wird die Vollmacht durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden. Die Vollmacht soll ihn dann zum Abschluß des Geschäftes mit dem Dritten veranlassen. Theilt der Bevollmächtigte die Vollmacht dem Dritten mit, so fungirt er als Bote des Vertretenen. Die Ertheilung kann aber auch erfolgen direkt gegenüber dem Dritten, dem gegenüber die Vertretung erfolgen soll. Die Vollmachtsertheilung ist also einseitiges und empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft. Die Vollmachtsertheilung bedarf demnach nicht der Annahme durch den Bevollmächtigten. Wird die Vollmacht durch Erklärung an den Dritten ertheilt, was bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen möglich ist, bei denen der Dritte Erklärender oder Empfänger der Erklärung sein kann, so erhält der Bevollmächtigte keine Kenntniß von der Erklärung der Vollmacht. Die Vollmacht besteht aber; die dem Dritten erklärte Vollmachtsertheilung wirkt aber nur soweit, als der Bevollmächtigte die Geschäfte auch wirklich mit diesem Dritten vornimmt.

Die Ertheilung kann stillschweigend und ausdrücklich erfolgen (vgl. 714). Eine vermuthete Ertheilung kennt das BGB. nicht. Einer Form bedarf die Ertheilung deshalb nicht, weil das Geschäft, welches vorgenommen werden soll, an eine Form gebunden ist (167). Es kann aber für die Vollmacht eine selbständige Formvorschrift bestehen (1945, GBO. §§ 29. 30).

2. Besondere Fälle der Vollmachtsertheilung.

a. Als Vollmachtsertheilung ist es anzusehen, wenn Jemand durch besondere Mittheilung an einen Dritten oder durch öffentliche Bekanntmachung kundgegeben hat, daß er einen Anderen bevollmächtigt habe. Es besteht dann die Vollmacht dem Dritten oder Jedem gegenüber (171).

Die Kundgebung ist nicht Willenserklärung dahin, daß der X bevollmächtigt sein solle, auch nicht dahin, daß der Vertretene für den Bestand der Vollmacht gutstehe, der Gegner sich also auf den Bestand verlassen könne; denn eine solche Willenserklärung

Digitized by Google

beruhte in vielen Fällen auf Fiktion. Die Kundgebung ist vielmehr nur *Anzeige* (Vorstellungsmittheilung), welche die gleiche Wirkung haben soll wie die Ertheilung der Vollmacht, weil sie in dem Andern das gleiche Vertrauen erweckt wie die wirkliche Ertheilung. Gleichgültig bleibt, und der Vertretene kann sich darauf nicht berufen, daß die Vollmacht überhaupt nicht ertheilt war, daß die ertheilte nichtig oder anfechtbar war oder sich in engeren Grenzen hielt als die Anzeige besagt. Es ist aber nicht gleichgültig, ob der Gegner das Fehlen der Vollmachtsertheilung kannte oder kennen mußte; denn hier wurde in ihm entweder das Vertrauen auf Bestand der Vollmacht nicht erregt, oder er hätte nicht darauf vertrauen dürfen.

Oeffentliche Bekanntmachung ist jede an einen *Personenkreis*, nicht an einzelne bestimmte Individuen gerichtete Kundgebung; sie ist vollendet, sobald sie vom Vertretenen zum Zwecke der Veröffentlichung abgegeben ist. Kenntniß der Dritten ist zu ihrer Wirkung nicht erforderlich.

Die *Kundgebung* (durch Mittheilung oder öffentliche Bekanntmachung) wirkt beschränkt, soweit ihr Inhalt ein beschränkter ist, aber auch sonst wirkt die öffentliche Bekanntmachung nur dem Dritten gegenüber, welcher der Kundgebung gemäß mit dem Vertreter abgeschlossen hat. Die Kundgebung durch Mittheilung an Dritte wirkt nur, sofern dieser Dritte mit dem Stellvertreter der Kundgebung gemäß abschließt.

b. Der besonderen Mittheilung im vorigen Falle (a.) steht es gleich, wenn der Vertretene dem Vertreter eine Vollmachtsurkunde ausgehändigt hat und dieser sie dem Dritten vorlegt. Die Vorlegung der Urkunde bewirkt wie die Mittheilung Vertretungsmacht auch dann, wenn eine Bevollmächtigung nicht vorliegt (172, vgl. GBO. § 15).

Die Urkunde muß dem Vertreter vom Vertretenen *ausgehändigt* sein; stiehlt sie z. B. der Vertreter, so hat er keine Vertretungsmacht. Die Aushändigung genügt aber auch und es kann nicht darauf ankommen, zu welchem Zweck sie erfolgte. Der Empfänger hat daher Vertretungsmacht, wenn die Uebergabe der Urkunde nur zum Zwecke der Durchsicht durch den Empfänger erfolgte[1]. Der Vertreter muß die Urkunde dem Dritten *vorgelegt* haben, und

[1] So Cosack I, S. 219. Hölder, Komment., S. 370. Dagegen Hellmann, Krit. V.J. Schr. Bd. 40 (1898), S. 184, aber wohl nicht mit Recht; denn die Aushändigung ist erfolgt, und der Empfang war gerechtfertigt.

Digitized by Google

zwar im Original. Vorlegen ist Verbringen in eine solche räumliche Lage, daß der Dritte sie lesen kann, nicht verlangt ist, daß er sie gelesen hat. Die Vorlage muß bei dem betreffenden Geschäftsabschlusse und lautet die Urkunde auf eine Reihe von Rechtsgeschäften, bei dem Abschlusse jedes erfolgen.

3. Verhältniß der Vollmacht zum Grundverhältniß derselben.

Jeder Vollmacht liegt ein anderes Verhältniß zu Grunde (Grundverhältniß). Gewöhnlich und häufig wird ein Auftrag vorliegen. Es giebt aber auch Vollmachten ohne Auftrag, z. B. die Vollmacht des Gesellschafters (714), bei der Anweisung (783).

Es enthält auch nicht jeder Auftrag eine Vollmachtsertheilung (z. B. Auftrag zu thatsächlichen Verrichtungen, zur Vornahme von Rechtsgeschäften in eigenem Namen des Beauftragten für den Auftraggeber). Daraus folgt, daß das Grundverhältniß stets von der Vollmacht zu trennen ist. Ist das Grundverhältniß Auftrag, so bestimmt der Auftrag lediglich das Rechtsverhältniß zwischen Vertreter und Vertretenem (Berechtigung und Verpflichtung). Die Vollmacht ist dagegen maßgebend für die Wirkung der vom Bevollmächtigten mit Dritten vorgenommenen Rechtsgeschäfte für den Vertretenen. Der Beauftragte handelt kraft Vollmacht, um seiner Verpflichtung aus dem Auftrage zu genügen. Damit die Vollmacht ihrem Zwecke diene, ist die Verpflichtung begründet. Aus der Trennung folgt: der Auftrag kann gültig, die Vollmacht nichtig oder anfechtbar sein, z. B. wegen Formfehlers; der Auftrag kann limitirt sein, die Vollmacht einen weiteren Inhalt haben; der Auftrag bedarf der Annahme, nicht die Vollmacht[1].

Das Grundverhältniß ist ferner von Bedeutung zur Feststellung des Umfanges der Vollmacht (Z. 4), für das Erlöschen der Vollmacht (Z. 5), für die Frage, wie weit der Bevollmächtigte in seinem Verhältniß zum Vertretenen von der Vollmacht Gebrauch machen darf und muß.

4. Umfang der Vollmacht.

Der Umfang der Vollmacht ist aus dem Akt der Vollmachtsertheilung und dem begleitenden Grundverhältnisse, wenn ein solches besteht, durch Auslegung festzustellen. Es giebt keine Vorschrift, wonach zu gewissen Geschäften Spezialvollmacht erforderlich wäre, auch keine, wonach bei allgemeiner Bevollmächtigung (General-

[1] Vgl. auch Leonhard, Allgem. österr. Ger. Zeitg. 1897, S. 102.

Digitized by Google

vollmacht) gewisse Geschäfte ausgenommen sind. Die Spezialvollmacht kommt als Artvollmacht nicht vor, nur als Individualvollmacht (vgl. CPO. § 613.) Nach dem Inhalte der Vollmacht bestimmt sich auch die Substitutionsbefugniß des Vertreters (Substitution eines Vertreters für sich und für den Vertretenen).

5. Erlöschen der Vollmacht.

a. Die Vollmacht erlischt mit dem Zeitpunkte oder Ereignisse, mit dem sie ihrem eigenen Inhalte gemäß erlöschen soll. Da, wo die Vollmacht an ein Grundverhältniß anknüpft, wird sich der Inhalt der Vollmacht auch in dieser Beziehung aus dem Grundverhältniß ergeben. Wenn daher das Grundverhältniß erlischt, so ist anzunehmen, daß auch die Vollmacht erlöschen solle, wenn sie lediglich im Interesse des Vertretenen ertheilt war, wie bei Auftrag und Dienstmiethe (168, Satz 1). Die Vollmacht erlischt also bei Tod des Beauftragten, nicht aber im Zweifel bei Tod des Auftraggebers. In allen Fällen nun, in denen der Auftrag nicht durch Widerruf erlischt, hört er nicht sofort auf, sondern erst, wenn der Beauftragte von dem Erlöschen Kenntniß hat oder hätte haben müssen (674). Das Gleiche gilt von der Gesellschaft (729). Der Fortbestand des Auftrages ꝛc. würde auch den der Vollmacht nach sich ziehen. Daher bestimmt 169, daß dieser Fortbestand der Vollmacht nur dann dem Dritten gegenüber gilt, wenn dieser das Erlöschen nicht kannte oder nicht kennen mußte. Das Erlöschen der Vollmacht tritt aber keineswegs nothwendig mit dem des Grundverhältnisses ein. Die Vollmacht kann das Grundverhältniß überdauern. Das ist besonders dann anzunehmen, wenn sie auch im Interesse des Vollmachtnehmers ertheilt war.

b. Der Vollmachtgeber kann die Vollmacht widerrufen. Eine zwingende Widerruflichkeit der Vollmacht besteht aber nicht. Es besteht vielmehr die Möglichkeit der Ertheilung unwiderruflicher Vollmacht. Ob nun solche vorliegt, ist aus der Vollmacht selbst und, falls sie an ein Grundverhältniß anknüpft, auch wieder aus diesem zu entnehmen. Unwiderruflich ist die Vollmacht, wenn sie in rem suam des Nehmers verliehen war, z. B. der Nehmer soll das von dem Dritten Geleistete als Geschenk, als Darlehnssumme, zur Erfüllung einer Verbindlichkeit des Gebers an ihn behalten. Widerruflich ist die Vollmacht hier nur nach den Grundsätzen, die für das Grundverhältniß bestehen und nach seinem konkreten Inhalte.

Unwiderruflich ist die Vollmacht auch, wo sie, wie im Gesellschaftsverhältnisse, im gemeinschaftlichen Interesse des Gebers und

Digitized by Google

Nehmers ertheilt ist. Ein dennoch erfolgter Widerruf ist ohne jede Wirkung (168, Satz 2, vgl. 712. 715).

Der Widerruf einer Vollmacht erfolgt gegenüber dem Bevollmächtigten oder gegenüber dem Dritten, mit dem das Geschäft geschlossen werden soll (168, Satz 3).

c. Ist die Vollmacht erloschen und schließen Dritte mit dem Vertreter ein im Rahmen der Vollmacht liegendes Geschäft, so kann sich der Vertretene auf das Erlöschen der Vollmacht berufen. Nur in bestimmten Fällen besteht die Vertretungsmacht trotz Erlöschens der Vollmacht fort, nämlich:

α. Bei Ertheilung der Vollmacht durch Erklärung gegenüber einem Dritten bis zur Anzeige vom Erlöschen seitens des Vollmachtgebers an den Dritten (170).

β. Beruht die Vertretungsmacht auf besonderer Mittheilung bez. öffentlicher Bekanntmachung, so besteht sie, bis der Widerruf der Kundgebung in derselben Weise wie diese erfolgte (171, Abs. 2).

γ. Beruht die Vertretungsmacht auf Aushändigung und Vorlegung einer Vollmachtsurkunde, so erlischt sie durch Rückgabe der Urkunde an den Geber oder durch Kraftloserklärung (172, Abs. 2. 176, vgl. ε).

Diese Ausnahmen gelten aber nur, wenn nicht der Dritte das Erlöschen der Vollmacht bez. Vertretungsmacht bei Abschluß des Rechtsgeschäftes kannte oder doch kennen mußte (173).

δ. Demnach ist dem Dritten prinzipiell anheimgestellt, den Bestand der Vollmacht zu prüfen, ebenso natürlich auch den Inhalt. Er schließt auf seine Gefahr mit dem Vertreter ab. Der Dritte wird sich also über den Bestand der Vollmacht vergewissern (Vorlegung der Vollmachtsurkunde ꝛc.) und eventuell einen Vertragsantrag ablehnen. Bei einseitigen Rechtsgeschäften ist dem Dritten die Ablehnung des Geschäftes durch Ablehnung der empfangsbedürftigen Willenserklärungen nicht möglich; andrerseits hat er ein dringendes Interesse daran zu wissen, ob das Geschäft (Kündigung, Mahnung) Wirksamkeit hat oder nicht. Hier kann der Dritte Vorlegung einer Vollmachtsurkunde verlangen und, wenn sie nicht erfolgt, das Geschäft aus diesem Grunde unverzüglich zurückweisen und es dadurch nichtig machen. Die Zurückweisung ist einseitige aber empfangsbedürftige Willenserklärung, muß also dem Vertreter zukommen. Es genügt nicht Zurückweisung gegenüber dem Vertretenen. Der Dritte braucht nicht

Digitized by Google

ausdrücklich aus diesem Grunde zurückzuweisen. Es genügt, daß es aus den Umständen kenntlich ist, daß die Zurückweisung aus diesem Grunde erfolgte. Die Zurückweisung ist ausgeschlossen, wenn der Dritte vom Vertretenen Kenntniß der Vollmacht erhalten hatte (174).

c. Nach Erlöschen der Vollmacht ist die Vollmachtsurkunde vom Bevollmächtigten zurückzugeben. Trotz etwa vorhandenen Interesses des Bevollmächtigten hat er ein Zurückbehaltungsrecht nicht (175). Auch Hinterlegung ist in solchem Falle ausgeschlossen. Ist die Rückgabe nicht erfolgt (Verlust der Urkunde, der Bevollmächtigte weiß nicht, wo sich dieselbe befindet ꝛc.), so kann sich der Vertretene gegen Mißbrauch der Urkunde durch Kraftloserklärung derselben schützen. Diese erfolgt durch öffentliche Bekanntmachung gemäß den Vorschriften der CPO. §§ 203 ff. über die öffentliche Zustellung einer Ladung.

Ueber die Zuständigkeit des Gerichtes vgl. 176, Abs. 2.

Die Kraftloserklärung wird wirksam mit dem Ablauf eines Monats nach der letzten Einrückung in die öffentlichen Blätter. Sie ist unwirksam, wenn die Vollmacht unwiderruflich ist.

C. Die Wirkung der Stellvertretung.

1. Handelt der Stellvertreter im Namen des Vertretenen und innerhalb seiner Vertretungsmacht, so treten alle Wirkungen der Willenserklärung nicht beim Vertreter, sondern beim Vertretenen ein (164, Satz 1; direkte, unmittelbare Stellvertretung). Beruht aber die Vertretungsmacht auf Vollmacht, so erleidet der Grundsatz (166, Abs. 1), daß die Abhängigkeit der Geschäftswirkung von Willensmängeln oder vom Kennen und Kennenmüssen oder vom Nichtkennen und Nichtkennenmüssen aus der Person des Vertreters zu beurtheilen ist, eine wichtige Modifikation. Der Vertretene, welcher selbst die relevanten Umstände kannte bez. kennen mußte, kann sich niemals auf die Unkenntniß des Vertreters berufen, wenn der Vertreter nach bestimmten ihm vom Vertretenen ertheilten Weisungen und Instruktionen gehandelt hat (166, Abs. 2). Die Wandlungsklage des vertretenen Käufers (460. 462) ist demnach in solchen Fällen ausgeschlossen, wenn sein Vertreter den Mangel der Waare nicht kannte, wohl aber er selbst. Trotz ertheilter Weisungen kann sich aber der Vertretene auf eigene Unkenntniß nicht berufen, wenn der Vertreter den Mangel gekannt hat. Auch für die Wirkung der Willensmängel (geheimer Vorbehalt, Scherz, Simulation, Irrthum, arglistige Täuschung) ist diese Modi-

Digitized by Google

fikation in 166, Abs. 2 von großer Bedeutung (vgl. z. B. 116, Satz 2. 122, Abs. 2)[1].

2. Die Stellvertretung bietet die Erscheinung, daß die Wirkung nicht bei dem Handelnden, sondern beim Vertretenen eintritt, der beim Geschäft nicht thätig geworden ist. Dieses anormale Verhältniß von Ursache und Wirkung hat die Theorie in sehr verschiedener Weise zu erklären versucht.

a. Die Fiktionstheorieen gehen übereinstimmend davon aus, daß nur eine Willenserklärung des Vertreters vorliegt. Um die Anknüpfung der Wirkung an den Vertretenen zu erklären, wird dann eine Willenserklärung des Letzteren fingirt, entweder so, daß die Willenserklärung des Vertreters die des Vertretenen sei, oder doch für die rechtliche Behandlung als die des Vertretenen gedacht werde, oder so, daß eine mit der Willenserklärung des Vertreters identische Willenserklärung des Vertretenen angenommen wird (Windscheid).

b. Andere Auffassungen nehmen nur eine wirkliche Willenserklärung des Vertretenen an, dessen Organ der Vertreter ist, oder sowohl eine wirkliche Willenserklärung des Vertretenen als eine solche des Vertreters, deren gegenseitiges Verhältniß und deren Bedeutung für die Rechtswirkung aber wieder sehr verschieden bestimmt wird.

c. Die der gemeinrechtlichen Gestaltung des Institutes und auch dem BGB. entsprechende Auffassung ist die, daß lediglich eine Handlung des Vertreters die Rechtswirkungen hervorruft (166, Abs. 1), daß diese sich aber mit der Person des Vertretenen verknüpfen. Beruht die Vertretungsmacht auf Gesetz (Wahnsinnige, Kinder, juristische Personen), so ist für die anormale Anknüpfung der Rechtswirkung nur das Bedürfniß und die Zweckmäßigkeit entscheidend; beruht die Vertretungsmacht auf Vollmacht, so ist es der Wille des Vollmachtgebers, der die Anknüpfung rechtfertigt; obwohl der Vollmachtgeber beim Geschäfte selbst unbetheiligt ist, so hat er doch den Anstoß zum Handeln des Vertreters gegeben. Daher gewinnt auch sein Wille einen gewissen modifizirenden Einfluß auf die Rechtswirkung (166, Abs. 2.). Man bezeichnet diese Auffassung als Repräsentationstheorie.

IV. Stellvertretung bei realen Willensäußerungen[2]. Bei den realen Willensäußerungen kommt es nicht darauf an, daß der Wille einer andern Person kundgethan wird

[1] Vgl. Rehbein, S. 259.

[2] Vgl. Wendt, Pandekten, §§ 47.

Digitized by Google

ausdrücklich aus diesem Grunde zurückzuweisen. Es genügt, daß es aus den Umständen kenntlich ist, daß die Zurückweisung aus diesem Grunde erfolgte. Die Zurückweisung ist ausgeschlossen, wenn der Dritte vom Vertretenen Kenntniß der Vollmacht erhalten hatte (174).

ε. Nach Erlöschen der Vollmacht ist die Vollmachtsurkunde vom Bevollmächtigten zurückzugeben. Trotz etwa vorhandenen Interesses des Bevollmächtigten hat er ein Zurückbehaltungsrecht nicht (175). Auch Hinterlegung ist in solchem Falle ausgeschlossen. Ist die Rückgabe nicht erfolgt (Verlust der Urkunde, der Bevollmächtigte weiß nicht, wo sich dieselbe befindet ꝛc.), so kann sich der Vertretene gegen Mißbrauch der Urkunde durch Kraftloserklärung derselben schützen. Diese erfolgt durch öffentliche Bekanntmachung gemäß den Vorschriften der CPO. §§ 203 ff. über die öffentliche Zustellung einer Ladung.

Ueber die Zuständigkeit des Gerichtes vgl. 176, Abs. 2.

Die Kraftloserklärung wird wirksam mit dem Ablauf eines Monats nach der letzten Einrückung in die öffentlichen Blätter. Sie ist unwirksam, wenn die Vollmacht unwiderruflich ist.

C. Die Wirkung der Stellvertretung.

1. Handelt der Stellvertreter im Namen des Vertretenen und innerhalb seiner Vertretungsmacht, so treten alle Wirkungen der Willenserklärung nicht beim Vertreter, sondern beim Vertretenen ein (164, Satz 1; direkte, unmittelbare Stellvertretung). Beruht aber die Vertretungsmacht auf Vollmacht, so erleidet der Grundsatz (166, Abs. 1), daß die Abhängigkeit der Geschäftswirkung von Willensmängeln oder vom Kennen und Kennenmüssen oder vom Nichtkennen und Nichtkennenmüssen aus der Person des Vertreters zu beurtheilen ist, eine wichtige Modifikation. Der Vertretene, welcher selbst die relevanten Umstände kannte bez. kennen mußte, kann sich niemals auf die Unkenntniß des Vertreters berufen, wenn der Vertreter nach bestimmten ihm vom Vertretenen erteilten Weisungen und Instruktionen gehandelt hat (166, Abs. 2). Die Wandlungsklage des vertretenen Käufers (460. 462) ist demnach in solchen Fällen ausgeschlossen, wenn sein Vertreter den Mangel der Waare nicht kannte, wohl aber er selbst. Trotz ertheilter Weisungen kann sich aber der Vertretene auf eigene Unkenntniß nicht berufen, wenn der Vertreter den Mangel gekannt hat. Auch für die Wirkung der Willensmängel (geheimer Vorbehalt, Scherz, Simulation, Irrthum, arglistige Täuschung) ist diese Modi-

Digitized by Google

fikation in 166, Abs. 2 von großer Bedeutung (vgl. z. B. 116, Satz 2. 122, Abs. 2)[1].

2. Die Stellvertretung bietet die Erscheinung, daß die Wirkung nicht bei dem Handelnden, sondern beim Vertretenen eintritt, der beim Geschäft nicht thätig geworden ist. Dieses anormale Verhältniß von Ursache und Wirkung hat die Theorie in sehr verschiedener Weise zu erklären versucht.

a. Die Fiktionstheorieen gehen übereinstimmend davon aus, daß nur eine Willenserklärung des Vertreters vorliegt. Um die Anknüpfung der Wirkung an den Vertretenen zu erklären, wird dann eine Willenserklärung des Letzteren fingirt, entweder so, daß die Willenserklärung des Vertreters die des Vertretenen sei, oder doch für die rechtliche Behandlung als die des Vertretenen gedacht werde, oder so, daß eine mit der Willenserklärung des Vertreters identische Willenserklärung des Vertretenen angenommen wird (Windscheid).

b. Andere Auffassungen nehmen nur eine wirkliche Willenserklärung des Vertretenen an, dessen Organ der Vertreter ist, oder sowohl eine wirkliche Willenserklärung des Vertretenen als eine solche des Vertreters, deren gegenseitiges Verhältniß und deren Bedeutung für die Rechtswirkung aber wieder sehr verschieden bestimmt wird.

c. Die der gemeinrechtlichen Gestaltung des Institutes und auch dem BGB. entsprechende Auffassung ist die, daß lediglich eine Handlung des Vertreters die Rechtswirkungen hervorruft (166, Abs. 1), daß diese sich aber mit der Person des Vertretenen verknüpfen. Beruht die Vertretungsmacht auf Gesetz (Wahnsinnige, Kinder, juristische Personen), so ist für die anormale Anknüpfung der Rechtswirkung nur das Bedürfniß und die Zweckmäßigkeit entscheidend; beruht die Vertretungsmacht auf Vollmacht, so ist es der Wille des Vollmachtgebers, der die Anknüpfung rechtfertigt; obwohl der Vollmachtgeber beim Geschäfte selbst unbetheiligt ist, so hat er doch den Anstoß zum Handeln des Vertreters gegeben. Daher gewinnt auch sein Wille einen gewissen modifizirenden Einfluß auf die Rechtswirkung (166, Abs. 2.). Man bezeichnet diese Auffassung als Repräsentationstheorie.

IV. Stellvertretung bei realen Willensäußerungen[2]. Bei den realen Willensäußerungen kommt es nicht darauf an, daß der Wille einer andern Person kundgethan wird

[1] Vgl. Rehbein, S. 259.

[2] Vgl. Wendt, Pandekten, §§ 47.

Digitized by Google

(Willenserklärungen im engeren Sinne), sondern nur darauf, daß überhaupt der Wille sich zu erkennen giebt. So liegt es bei Okkupation und Dereliktion. Man nennt diese Geschäfte Verwirklichungsgeschäfte im Gegensatze zu den Erklärungsgeschäften. Eine Stellvertretung mit unmittelbarer Wirkung für den Vertretenen ist auch bei den Verwirklichungsgeschäften möglich. Ihrer Eigenart entsprechend ist aber bei diesen Geschäften Handeln des Vertreters im Namen des Vertretenen nicht erforderlich, und die Vollmacht vertritt eine Ermächtigung seitens des Vertretenen an den Vertreter.

V. Stellvertretung ohne Vertretungsmacht. Darunter fällt auch die Vertretung unter Ueberschreitung der Vertretungsmacht.

A. Das Rechtsverhältniß (Grundverhältniß) zwischen dem Vertreter ohne Vertretungsmacht und dem Vertretenen wird häufig Geschäftsführung ohne Auftrag sein (677 ff.).

B. Vertragsschließung ohne Vertretungsmacht. Die Wirksamkeit für und gegen den Vertretenen hängt von der Genehmigung des Vertretenen ab (177, Abs. 1). Es tritt i. A. die Regelung ein wie bei nicht lediglich vortheilhaften Verträgen, die ein Minderjähriger ohne Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters geschlossen hat (Bd. I. § 47).

1. Solange die Entscheidung des Vertretenen aussteht, besteht Gebundenheit des Dritten, wenn er bei Abschluß des Vertrages den Mangel der Vollmacht gekannt hat (vgl. 142, Abs. 2), nicht auch, wenn er ihn hat kennen müssen. Hat er ihn nicht gekannt, so kann er bis zur Genehmigung dem Vertreter und dem Vertretenen gegenüber widerrufen (178).

2. Die Genehmigung oder die Verweigerung derselben kann in beliebiger Form (182, Abs. 2), sowohl dem Vertreter wie dem Vertretenen gegenüber, erklärt werden. Ist die Genehmigung oder Verweigerung dem Vertreter gegenüber erklärt, so kann doch der Dritte eine direkte Erklärung vom Vertretenen fordern. Der Vertretene muß die Genehmigung bis zum Ablauf von zwei Wochen nach dem Empfange der Aufforderung erklären. Erklärt er sich innerhalb dieser Frist nicht, so gilt das Schweigen als Verweigerung. Eine vor der Aufforderung erfolgte Genehmigung oder Verweigerung hat keine Bedeutung mehr. Der Dritte verliert also sein Recht aus der schon getroffenen Entscheidung, und der Vertretene gewinnt eine neue Ueberlegungsfrist von zwei Wochen (177, Abs. 2).

48. Hölder, Pandekten, §§ 41. 57 und bes. Lenel, Jahrb. f. Dogm., Bd. 36 (96), S. 1 ff. Hellmann, Vorträge über d. BGB. S. 59 ff. 100 f.

Digitized by Google

3. Die Genehmigung und Verweigerung ist definitiv. Die Genehmigung hat rückwirkende Kraft (184). Theilweise Genehmigung ist ausgeschlossen.

4. Kommt der Vertrag mit dem Vertretenen nicht zu Stande, so fragt es sich, ob sich der Dritte an den Vertreter halten kann?

a. Die Regel ist: der Vertreter ohne Vollmacht haftet, wenn er nicht die Vertretungsmacht beweist, nach Wahl des Dritten auf Erfüllung bez. Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Die Gesetzesworte „Erfüllung", „Nichterfüllung" sind allerdings zu eng, da es sich nicht nur um Schuldverträge handeln kann (179)[1].

Die Beweislast rechtfertigt sich durch die Erwägung, daß der Vertreter viel eher in der Lage ist, den Bestand und Inhalt der Vertretungsmacht zu beweisen als der Dritte den Mangel.

Der Umfang der Haftung und das Wahlrecht rechtfertigen sich aus der Schwierigkeit des Beweises des negativen Interesses, bez. aus der Lage des Dritten, der an der Erfüllung seitens des Vertreters häufig kein Interesse hat.

Grund der Haftung ist nicht eine Schuld des Vertreters, auch nicht ein (häufig rein fiktives) Garantieversprechen, sondern die Vornahme des Vertragsschlusses (Veranlassung).

b. Die Regel wird aber durch Ausnahmen durchbrochen (179, Abs. 2. 3).

Der Vertreter haftet nur auf das negative Vertragsinteresse, welches aber niemals über das Erfüllungsinteresse hinausgehen darf, wenn er den Mangel der Vertretungsmacht nicht gekannt hat, z. B. Fälschung der Vollmacht, Geisteskrankheit des Vertretenen bei Ausstellung der Vollmacht. Ob er den Mangel hätte kennen müssen, bleibt gleichgültig (vgl. 142, Abs. 2).

Der Vertreter haftet nicht, weder auf das positive Erfüllungsinteresse (a) noch auf das negative Interesse, wenn der Dritte den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder kennen mußte (vgl. 142, Abs. 2); damit die Vorschriften zum Schutze der Minderjährigen ꝛc. nicht der Umgehung ausgesetzt werden, haftet der Vertreter auch dann nicht, wenn er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt war, es sei denn, daß er mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters gehandelt hat. Die Prüfung des Bestandes und Inhaltes der Vollmacht ist also nicht dem Vertreter selbst, wohl aber dem Dritten zugemuthet (anders 178).

[1] Vgl. Planck zu 179, Abs. 1 und Hellmann, Krit. V.J.Schr. Bd. 41 (1899) S. 244.

Digitized by Google

C. Vornahme einseitiger Geschäfte durch oder gegenüber einem Vertreter ohne Vertretungsmacht.

1. Vertretung ohne Vertretungsmacht ist bei einseitigen Rechtsgeschäften unzulässig. Diese Regel gilt ohne Ausnahme bei solchen einseitigen Rechtsgeschäften, zu deren Bestand eine empfangsbedürftige Willenserklärung nicht gehört (Erbschaftsannahme).

2. Eine Ausnahme tritt bei einseitigen, empfangsbedürftigen Geschäften durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht ein. Wenn nämlich der Vertreter (wissentlich oder aus Irrthum) die Vertretungsmacht behauptet und der Dritte sie nicht beanstandet, so finden die Vorschriften über Verträge entsprechende Anwendung.

Der Dritte kennt hier weder den Mangel der Vertretungsmacht, noch hat er von dem Recht der Zurückweisung wegen nicht vorgelegter Vollmachtsurkunde (174) Gebrauch gemacht. Einverständniß, daß der Vertreter ohne Vertretungsmacht handle, liegt hier nicht vor. Die Unterlassung des Widerspruches ist der Grund der Anwendbarkeit der Vorschriften über Verträge.

Der Dritte kann also nach 178 die Empfangnahme bis zur Genehmigung widerrufen. Die Genehmigung des Vertretenen macht das Geschäft mit rückwirkender Kraft wirksam (177. 184). Bleibt das Geschäft wegen Ausbleibens der Genehmigung wirkungslos, so findet auch 179, Abs. 1 u. 2, nicht aber 179, Abs. 3 Anwendung.

Die Vorschriften über Verträge finden auch dann Anwendung, wenn der Dritte einverstanden ist, daß der Vertreter ohne Vertretungsmacht handle, obwohl er von dem Mangel derselben weiß.

Ein Einverständniß braucht nicht ausdrücklich erklärt zu sein. Ein Widerrufsrecht (178) und eine Haftung nach 179, Abs. 1 u. 2 ist hier ausgeschlossen. Die Genehmigung hat aber die gleiche Bedeutung wie im vorigen Falle.

3. Die gleiche Ausnahme wie im Falle Z. 2 findet bei einseitigen empfangsbedürftigen Geschäften gegenüber dem Vertreter ohne Vertretungsmacht für den Fall des Einverständnisses und mit den gleichen Folgen statt, nicht aber für den Fall der Nichtbeanstandung.

VI. Zulässigkeit der Stellvertretung.

A. Die Parteien können die Stellvertretung für ein künftiges Rechtsgeschäft durch Rechtsgeschäft ausschließen.

B. Die Stellvertretung ist prinzipiell bei allen

Digitized by Google

Geschäften zulässig. Jedoch sind Ausnahmen im Gesetze festgestellt: Eheschließung (1317), Anfechtung der Ehe (1366), Anerkennung des Kindes (1598, Abs. 3), Antrag auf Ehelichkeitserklärung und Einwilligung dazu (1728), Annahmevertrag und Einwilligung dazu (1750. 1748), Testamentserrichtung (2064), Erbvertrag (2274), Anfechtung desselben (2282), Aufhebung desselben durch Vertrag (2290), Rücktritt von demselben (2296).

Der Ausschluß der Stellvertretung beruht auf der familienrechtlichen Natur der Geschäfte und darauf, daß bei den formalisirten Geschäften die Form die Festigkeit der Willensentschlusses gerade der betreffenden Person sichern soll.

C. Der Geschäftsabschluß des Stellvertreters mit sich selbst (Selbstkontrahiren des Stellvertreters).

a. Die hierher gehörigen Fälle können verschieden liegen. Der Vertreter handelt entweder für sich im eigenen Namen und zugleich als Vertreter eines Anderen in fremdem Namen und bringt so einen Vertrag mit sich und dem Vertretenen zu Stande (z. B. der Bevollmächtigte zahlt aus dem ihm übergebenen Gelde an sich auf seinen Provisionsanspruch ꝛc.); oder der Vertreter zweier anderer Personen handelt für und im Namen beider und bringt einen Vertrag zwischen ihnen zu Stande (z. B. der von zwei Personen Bevollmächtigte verkauft aus dem von ihm verwalteten Vermögen der einen Person an die andere).

Ebenso sind einseitige Geschäfte denkbar.

b. Ist in solchen Fällen eine Vertragsschließung durch Stellvertreter anzunehmen?[1]

Aus dem Begriffe des Vertrages, der zwei oder mehrere sich selbständig gegenüberstehende Personen verlangt, wird die Frage verneint und entweder dem Selbstkontrahiren jede Anerkennung versagt, oder die Geschäfte des Vertreters werden als einseitige betrachtet, die mit Wirkungen ausgestattet sind, wie sie sonst Verträgen zukommen. Wieweit solche Geschäfte anzuerkennen sind, soll sich aus dem Einzelfalle ergeben.

[1] Regelsberger, Pand. I, S. 544 f. Bechmann, Kauf, 2 Bd., 1. Abth., S. 284 ff. Lepa, Selbsteintritt des Kommissionärs, S. 226—254, bes. Rümelin, Selbstkontrahiren durch Stellvertreter 1888. Roemer, Zeitschr. f. HR., Bd. 19, S. 67 ff. und die Judikatur des RG. ERG., Bd. IV, S. 297, Bd. VI, S. 11; Bd. VII, S. 119. 120 und Gruch. Beitr., Bd. 34, S. 956. Eingehend zuletzt Koeßler, Geldwechsel und Eigenthum, in Gruch. Beiträgen, Bd. 36, S. 556 ff., bes. S. 564 ff. Eck, Zeitschr. f. HR., Bd. 39, S. 265.

Digitized by Google

Von anderer Seite wird Vertragsschließung angenommen, dabei aber verlangt, daß der Vertreter seinen Willen, für sich und für die von ihm vertretene Person oder für beide von ihm vertretenen Personen in übereinstimmender Weise handeln zu wollen, klar zum Ausdrucke bringt (durch Buchungen ꝛc.). Nach dieser Auffassung ist aber wegen der Gefahr, daß bei Kollision der Interessen der Vertreter das fremde Interesse nicht genügend wahrnehmen werde, eine Beschränkung auf solche Geschäfte geboten, in denen eine Kollision der Interessen nicht zu besorgen ist. Diese Auffassung theilt auch das Gesetz. Es geht von der Unzulässigkeit als Regel aus und stellt die Fälle fest, die als zulässige erscheinen (181. 1795. 1630).

c. Das Selbstkontrahiren, d. h. Vornahme von Geschäften des Vertreters mit sich selbst, ist nur statthaft, sonst unzulässig, wenn dem Vertreter die Vornahme durch Gesetz oder Vollmacht gestattet ist und wenn die Vornahme des Geschäftes nur in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht. Selbstverständlich ist gefordert die Kundgebung des Doppelwillens durch den Vertreter, und daß das konkrete Geschäft auch in dem Rahmen der Vertretungsmacht liegt. Wo das Selbstkontrahiren statthaft ist, ist auch eine Ausnahme für bestimmte Rechtsgeschäfte, z. B. die Auflassung, nicht zu machen[1]. Wo das Selbstkontrahiren unstatthaft ist, ist das dennoch vorgenommene Geschäft nichtig. Es liegt ein Verbot vor, welches eben wegen der Gefahren der Kollision erlassen ist. Das ergiebt auch die Entstehungsgeschichte der Vorschrift[2].

§ 57.

Zustimmung[3].

I. Die Zustimmung zu Rechtsgeschäften setzt zwei Personen voraus: die eine, welche das Rechtsgeschäft abschließt, die andere, die ihre Zustimmung ertheilt. Die Zustimmung kommt in verschiedener Bedeutung vor:

[1] Huther, D. Jur. Zeitg. Jahrg. 4 (1899). S. 332 f.

[2] So Planck, Komm. zu 181. A. M. Enneccerus-Lehmann I, S. 106 f., der in der Vorschrift nur eine nähere Begrenzung der Vollmacht sieht mit der praktisch wichtigen Folge, daß die Geschäfte, welche unzulässig sind, durch Genehmigung des Vertretenen wirksam werden können, eine Folge, die nach der im Text vorgetragenen Auffassung allerdings abzulehnen ist.

[3] Materialien: M. I. S. 245 ff. P. I. S. 154. 176 ff. III, S. 205 IV, S. 799. VI. S. 124 ff. 138.

Litteratur: 1888: Zródlowski, Kodifikationsfragen, S. 38. 72 f. Hölder, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 73, S. 123 f. 1889: Goldschmidt, Krit. Erörte-

Digitized by Google

A. Als Zustimmung zu fremden und eigenen Rechtsgeschäften, so daß durch sie die Wirkung des Geschäftes im Verhältniß zu Dritten bestimmt wird; ihre Bedeutung liegt dann entweder darin,

1. daß die Zustimmung das fremde Geschäft für den Zustimmenden wirksam macht. Hierher gehören folgende Fälle:

a. Jemand verfügt in fremdem Namen für einen Anderen, der seine Zustimmung (Vollmacht oder nachträgliche Genehmigung) ertheilt (164. 177).

b. Jemand verfügt im eigenen Namen über Rechte eines Anderen oder die Interessen eines Anderen. Der Berechtigte oder Interessent ertheilt seine Zustimmung, z. B. Jemand tritt eine Forderung ab, die ihm nicht zusteht, oder er hebt ein ihm zustehendes Recht an einem Grundstück auf, das mit dem Rechte eines Dritten belastet ist (876).

2. Die Bedeutung kann aber auch darin liegen, daß die Zustimmung zu dem im eigenen Interesse und in eigenem Namen geschlossenen Geschäft durch einen Anderen erfolgt und das Geschäft für den Handelnden wirksam macht, z. B. der gesetzliche Vertreter (Vater, Vormund) ertheilt seine Zustimmung zu Geschäften des Minderjährigen. In diesem Falle kann auch die Zustimmung des Handelnden selbst in Frage kommen (108, Abs. 3).

B. Andere Bedeutung hat die Zustimmung des Geschäftsherrn im Verhältniß zum Geschäftsführer; sie bestimmt, wie das Mandat, das interne Verhältniß des Geschäftsherrn zum Geschäftsführer und ruft zwischen diesen Personen schuldrechtliche Wirkungen hervor (684). Diese Zustimmung berührt nicht die Wirkung des Geschäftes zwischen dem Dritten und dem Geschäftsherrn. In der Zustimmung an den Geschäftsführer liegt nicht nothwendig auch die Zustimmung Dritten gegenüber, in der Zustimmung dem Dritten gegenüber nicht nothwendig die dem Geschäftsführer gegenüber. Beides ist nur im Zweifel anzunehmen.

---

rungen, S. 71 f. Bekker, System II, S. 210, Anm. a. 227 f. 1890: Rocholl, Vorschläge, S. 61 f. Zitelmann, Beitr., H. 9/10, S. 118 ff. 169. 171. 1891: Strohal, Jahrb. f. Dogm., Bd. 30, S. 182 ff. 1892: Bähr, Gegenentwurf, S. 33. Jakubezky, Bemerkungen S. 39. 1895: Kuhlenbeck, Rechtsprechung I, S. 347 ff. 1896: Eck, Allgem. Theil, § 7. 1897: Hellmann, Vorträge über das BGB., § 20. Bunsen I, § 34. 1898: Börner, Sächs. Arch., Bd. 8, S. 134. Leske, § 34. Goldmann-Lilienthal, S. 80 ff. Weyl I, § 58 1899 Endemann I, § 83. Cosack I, § 70. v. Buchka, § 7.

Digitized by Google

II. Die Zustimmung ist entweder eine vorhergehende (Einwilligung) oder nachträgliche (Genehmigung). Wo das Gesetz von Zustimmung zu rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen redet, ist also sowohl Einwilligung wie Genehmigung gemeint. Die „Genehmigung" des Vormundschaftsgerichtes, des Vormundes, Beistandes, umfaßt dagegen sowohl die Einwilligung als die Genehmigung im Sinne nachträglicher Zustimmung (z. B. 1690. 1751 ꝛc.). Die Einwilligung kommt auch vor, wo es sich um rechtsgeschäftliche Willenserklärungen nicht handelt, z. B. bei der Volljährigkeitserklärung (4), oder wo nur rechtsgeschäftliche Willenserklärungen vorliegen (8). Einwilligung im technischen Sinne ist auch nicht die mehrfach geforderte „Erlaubniß" (549. 1315. 1784). Unter die Genehmigung fällt nicht die Bestätigung nichtiger oder anfechtbarer Geschäfte und ebensowenig die Genehmigung der Stiftung (80), der Satzungsänderung (33). Auch die Zustimmung als Mitwirkung bei der Beschlußfassung (33) gehört nicht hierher.

III. Für alle Fälle der Zustimmung, von der die Wirksamkeit des Geschäftes Dritten gegenüber abhängt (I. A.), stellt das Gesetz gemeinsame Regeln auf:

A. Jede Zustimmung zu einem Vertrage bez. einseitigen Rechtsgeschäft, das einem Anderen gegenüber vorzunehmen ist, kann wie die Verweigerung derselben dem einen oder anderen Theile erklärt werden (182, vgl. 167). Es bestehen aber vielfach abweichende Vorschriften (z. B. 108. 177. 876. 1071 ꝛc.).

B. Die Zustimmung bedarf nicht der für das Geschäft vorgeschriebenen Form, ebenso nicht die Verweigerung. Ausdrückliche Erklärung ist nicht erforderlich (182, Abs. 2). In Ausnahmefällen ist aber Form vorgeschrieben, z. B. 1945, vgl. C.

C. Wird ein einseitiges Rechtsgeschäft, welches Zustimmung des Dritten verlangt, mit dessen Einwilligung vorgenommen, so muß der Vornehmende die Einwilligung in schriftlicher Form vorlegen. Thut er es nicht, so kann der Gegner das Geschäft aus diesem Grunde sofort zurückweisen, und das Geschäft ist unwirksam. Die Zurückweisung ist ausgeschlossen, wenn der Gegner von der Einwilligung durch den Einwilligenden in Kenntniß gesetzt war (182, Abs. 3. 111, Satz 2 3, Bd. I, § 47).

IV. Die Einwilligung.

a. Die Einwilligung gehört mit der Vollmacht in eine Kategorie. Die Vollmacht ist ein Unterfall der Einwilligung. Auch hier besteht der Unterschied von Einwilligung und Grundverhältniß.

Digitized by Google

b. Daher bestimmt auch 183 entsprechend 168, daß die Einwilligung bis zur Vornahme des Rechtsgeschäftes widerrufen werden kann, soweit nicht aus dem Grundverhältniß sich ein Anderes ergiebt. Auch sonst muß das Grundverhältniß für das Erlöschen der Einwilligung entscheidend sein. Der Widerruf wird dem Grundverhältniß gemäß ausgeschlossen sein, wo die Einwilligung im alleinigen Interesse des Nehmers oder doch mit in seinem Interesse gegeben wurde. Gerade in solchen, aber auch in anderen Fällen, ist die Unwiderruflichkeit positiv festgelegt (876. 1071 ꝛc.). Auch dem Dritten gegenüber kann der Einwilligende zum Nichtwiderruf verpflichtet sein. Ist in solchem Falle die Einwilligung lediglich nach dem Grundverhältniß dem Nehmer gegenüber widerruflich, und erfolgt der Widerruf, so ist er wirksam; der Dritte hat nur Anspruch auf Schadensersatz aus dem vertragsmäßigen Verzichte auf den Widerruf. Die gesetzliche Unwiderruflichkeit wirkt auch für den Dritten.

Der Widerruf kann gültig sowohl dem einen wie dem anderen Theile erklärt werden.

V. Die Genehmigung.

A. Das BGB. regelt hier generell die Frage nach der Rückwirkung. Diese tritt der Regel nach ein (184).

1. Die Rückwirkung kann aber durch die Parteien ausgeschlossen werden.

2. Mit Eintritt der Rückwirkung soll sich die Rechtslage so bestimmen, als wenn die Zustimmung schon bei Vornahme des Rechtsgeschäftes vorgelegen hätte. Daraus würde schon die Schranke folgen, daß die Rückwirkung auf die Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäftes nur eintreten kann, wenn auch rückwärts dem Genehmigenden das Recht, über welches der Andere verfügt hat, zustand. Die eintretende Rückwirkung hat aber außerdem gesetzliche Schranken, die von der Parteibestimmung unberührt bleiben. Unberührt bleiben nämlich Verfügungen, die der Genehmigende über den Gegenstand des Rechtsgeschäftes vor der Genehmigung getroffen hat (z. B. Einräumung von Pfandvorzügen vor seinem Pfandrecht), oder die auf Grund seines Rechtes im Wege der Zwangsvollstreckung, des Arrestes oder durch den Konkursverwalter erfolgen.

3. Können die Vertragschließenden vor der Genehmigung vom Vertrage zurücktreten?

Aus dem Rückwirkungsprinzip folgt, daß der Rücktritt in allen Fällen (ob einseitig oder vertragsmäßig) die gleiche Wirkung hat, die er haben würde, wenn sofort bei Abschluß das Geschäft ge-

Digitized by Google

nehmigt wäre. Würde für diesen Moment und unter diesem Gesichtspunkt der Rücktritt keine Wirkung haben, so bedarf er selbst der Genehmigung. Daher hängt die Wirkung des Rücktrittes des Minderjährigen von einem gegenseitigen Vertrage von der Genehmigung des Vormundes oder Vaters ab, ebenso der Rücktritt des Geschäftsführers von der Genehmigung des Geschäftsherrn, sobald die Genehmigung der Geschäftsführung eintritt.

Das BGB. hat nun diese Folgerung aus der Rückwirkung nicht allgemein anerkannt; in einer Reihe von Fällen gewährt es dem Dritten ein Widerrufsrecht bis zur Genehmigung in verschiedener Beschränkung (z. B. 109. 178. 1397. 1830).

In anderen Fällen ist die vertragsmäßige Aenderung und Aufhebung des Vertrages ausdrücklich (gegen die Konsequenz der Rückwirkung) anerkannt (415).

Wenn das Gesetz in weiteren Fällen schweigt (458), so ist daraus nicht der Schluß zu ziehen, als würde nun die Folgerung aus dem Prinzip der Rückwirkung Platz greifen. Es kommt vielmehr auf den einzelnen Fall an. Die Vertragschließenden können z. B. zurücktreten, wenn es sich um Verfügung über fremde Rechte im eigenen Namen des Verfügenden handelt. Wo der Rücktritt mit Rücksicht auf den Genehmigenden möglich ist, ist selbstverständlich noch zu prüfen, ob der Rücktritt nicht aus anderen Gründen ausgeschlossen ist.

B. Eine generelle Bestimmung, nach welcher der Dritte in der Lage ist, eine Entscheidung über die Genehmigung herbeizuführen, giebt das BGB. nicht, wohl aber Entscheidung für Einzelfälle (z. B. 108. 177. 1396. 1397. 1643. 1690. 1829).

§ 58.

Das bedingte Rechtsgeschäft, die Auflage[1].

I. Der Begriff der Bedingung.

Beim bedingten Rechtsgeschäft liegt eine auf bestimmte Rechtsfolgen gerichtete Willenserklärung vor, es sollen aber die Rechtsfolgen

---

[1] Materialien: M. I. S. 248 ff. 384. P. I. S. 179 f. 262 II, S. 30 V, S. 6. VI S. 133. 183. Begründung d. Nov. z. CPO. S. 171. Begründg. der Nov. z. KO. S. 248.

Litteratur: Vgl. die Litteratur zu Bd. II, §§ 131, 155. 1888: Hölder, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 73, S. 124 f. Bekker, Beitr., H. 2, S. 40 f. Zródlowski, Kodifikationsfragen, S. 75 ff. Schilling, Aphorismen, S. 53 f. 1889: Pietzker, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 74, S. 462 ff. Jacoby, Annal. d. d. Reichs, S. 669 f. 694 ff. Mei-

Digitized by Google

nur dann eintreten oder nur dann von Bestand sein, wenn ein zukünftiger, zur Zeit noch ungewisser Umstand eintritt. Die Bedingung ist also derjenige Bestandtheil eines Geschäftes, der ein objektives Erforderniß für den Eintritt der rechtlichen Wirkung setzt. Dieses Erforderniß ist der Eintritt der Bedingung. Da dieses Erforderniß nicht mit dem Geschäfte selbst sich verwirklichen muß, so ist ein Schwebezustand gegeben. Die Bedingung beruht auf Parteiwillen. Die Parteien können die Bedingung ausdrücklich oder stillschweigend treffen (z. B. 2077; vgl. 2107. 2191).

Sprachlich ergiebt sich die Doppelbedeutung von Bedingung als Geschäftsbestandtheil und als der zukünftige Umstand selbst.

Ebenso wie eine Bedingung ist oft die Verfügung einer Auflage eingeleitet (wenn, damit = si, ut). Die Auslegung hat festzustellen, was gemeint ist.

II. Die Arten der Bedingungen.

A. Mit Rücksicht auf die Verschiedenheit des ungewissen Umstandes werden unterschieden:

1. positive (affirmative) und negative Bedingungen. Die letzteren setzen als zukünftigen Umstand ein Unterlassen, Nichtthun, eine Nichtveränderung bestehenden Zustandes oder Verhaltens voraus. Die negative oder positive Formulirung ist gleichgültig;

2. potestative (willkürliche), kasuelle Bedingungen und solche gemischter Natur, je nachdem die Parteien die Ent-

---

scheider, Beitr., H. 3, S. 33 f. Gierke, Der Entwurf, S. 55. 141. Bekker, System II, S. 324. 327. 332 f. 338. 343. 346. 350 f. 356. 359 ff. Lenel, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 74, S. 213 ff. Leist, Die Sicherung der Forderungen durch Uebereignung, S. 23. 1890: Reinhold, Gruch. Beitr., Bd. 34, S. 540 ff. Meyer, GA., S. 937 ff. Hellmann, GA., S. 505 f. Hartmann, GA., S. 1238 f. Reatz, GA., S. 1280. Zitelmann, Beitr., H. 9/10, S. 129 ff. Rocholl, Vorschläge, S. 62 ff. 1891: Hölder, Pandekten I, §§ 47—51a. 1892: Bähr, Gegenentwurf, S. 33 ff. Jakubezky, Bemerkgen, S. 34. 1893: Cretschmar, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 81, S. 158 ff. Regelsberger I, §§ 151—156. 166. 1895: Kuhlenbeck, Rechtsprechung d. Reichsgerichtes I, S. 292 ff. 307 ff. 1897: Hellmann, Vortr. über d. BGB., §§ 26. 27. Wagenführ, Die Bedingungen nach dem BGB. (Diss.) Bunsen I. §§ 26—29. 1898: Hachenburg, Das BGB., S. 7. Kuhlenbeck, Von den Pandekten I, S. 358 ff. 383 ff. Goldmann-Lilienthal, S. 93 ff. 96. Leske, § 29. Weyl I, § 54. Leonhard, F., Jahrb. f. Dogm., Bd. 39, S. 174 ff. Kohler, A., Arch. für bürg. R. Bd. 15 S. 1 ff. 101 f. Börner, Sächs. Arch. Bd. 8, S. 49 ff. 1899: Endemann I, §§ 76—78. Cosack I, § 61. Krückmann, §§ 83. 84. v. Buchka, § 7. Meischeider, Die letztwilligen Verfügungen nach dem BGB., S. 98 ff.

Digitized by Google

scheidung der Bedingung lediglich durch ihren Willensentschluß herbeiführen können oder nicht oder zugleich die Entscheidung von dem Willensentschluß der Parteien und einem davon unabhängigen Umstande abhängig ist (vgl. V).

B. Mit Rücksicht auf das Verhältniß der Rechtsfolge zur Bedingung ist wichtig der Unterschied von aufschiebender (suspensiver) und auflösender (resolutiver) Bedingung.

1. Die aufschiebende Bedingung verschiebt den Eintritt der Rechtsfolgen und stellt ihn in Frage; die auflösende Bedingung stellt den Fortbestand der Rechtsfolgen des Geschäftes für die Zukunft in Frage (158).

2. Weder aufschiebende noch auflösende Bedingung sind eine außerhalb des Hauptgeschäftes bestehende Bestimmung, sondern Elemente des Rechtsgeschäftes. Zwar lassen sich alle Elemente eines Rechtsgeschäftes, und so auch die aufschiebenden wie die auflösenden Bedingungen, in verschiedenen selbständigen Willenserklärungen formuliren. Das ist aber nicht entscheidend, sondern die Thatsache, daß jede Bedingung nur in Verbindung mit dem sonstigen Thatbestande, nicht selbständig, für den Eintritt der Rechtsfolgen von Erheblichkeit ist. Die Bedingungen sind daher keine Nebenbestimmungen.

3. Ob im Einzelfalle eine auflösende oder aufschiebende Bedingung gewollt ist, ist Auslegungsfrage. Die auflösende Bedingung ist allerdings die thatsächlich seltenere Erscheinung.

III. Die Wirkung der Bedingung. Bis zur Entscheidung der Bedingung ist ein Schwebezustand vorhanden (Pendenz). Die Entscheidung der Schwebe ist entweder Eintritt (Erfüllung, Existenz) oder Ausfall (Deficienz) der Bedingung.

A. Der Eintritt und Ausfall der Bedingung im Allgemeinen.

Wann eine Bedingung eingetreten oder ausgefallen ist, ist eine Auslegungsfrage. Das BGB. hat die vielfachen Auslegungsregeln des bisherigen Rechtes bis auf wenige beseitigt.

1. Wird der Eintritt der Bedingung von der Partei, zu deren Nachtheil er gereichen würde, wider Treu und Glauben verhindert, so gilt die Bedingung als eingetreten. Wird der Eintritt der Bedingung von der Partei, zu deren Vortheil er gereichen würde, wider Treu und Glauben herbeigeführt, so gilt sie als ausgefallen (162).

Die Bestimmung ist positiven Charakters. Um festzustellen, ob die Vereitelung oder Herbeiführung des bedingenden Umstandes wider Treu und Glauben ist, wird man auf den Sinn des Geschäftes sehen,

Digitized by Google

also die Auslegung des Parteiwillens heranziehen müssen. Die Vorschrift greift nicht Platz, wenn die Bedingung eine dem freien Belieben des Zuwiderhandelnden anheimgegebene Handlung ist. Nicht wesentlich ist die Absicht der Vereitelung ꝛc., sondern nur der Vorsatz, d. h. das Bewußtsein des Erfolges der Vereitelung und seine Billigung.

2. Weitere Auslegungsregeln finden sich für die Bedingungen bei letztwilligen Verfügungen (vgl. Bd. II, § 131).

B. Der Eintritt der Bedingung (158).

1. Tritt die aufschiebende Bedingung ein, so ist die Rechtsfolge von dem Momente des Eintrittes der Bedingung an da (158, Abs. 1). Rückwirkung des Eintrittes der aufschiebenden Bedingung tritt nicht ein. Der Eintritt der Rechtsfolgen vollzieht sich von Rechtswegen ohne Zuthun der Parteien. Der Eintritt der Rechtsfolgen knüpft sich an das Rechtsgeschäft, ist aber verlegt in einen späteren Zeitpunkt. Daher ist zu fragen:

a. Welche Erfordernisse müssen im Moment der Vornahme des Rechtsgeschäftes, welche im Momente des Eintrittes der Bedingung vorliegen?

Im Momente der Errichtung des Rechtsgeschäftes müssen im Allgemeinen alle Begriffserfordernisse des Rechtsgeschäftes vorhanden sein (Geschäftsfähigkeit der Parteien, Wahrung der Form). Gewisse dieser Erfordernisse müssen fortdauern und auch im Momente des Eintrittes der Bedingung vorhanden sein (Rechtsfähigkeit); andere brauchen nur im Momente des Eintrittes der Bedingung vorzuliegen (z. B. Existenz des Gegenstandes, Möglichkeit und Erlaubtheit der Leistungen nach 308. 309).

b. Aus dem Eintritte der Rechtsfolgen im Momente der eingetretenen Bedingung folgt, daß ein Anspruch aus bedingtem Forderungsrecht erst verjährt mit dem Eintritt der Bedingung, daß bei bedingter Veräußerung die Nutzungen der Zwischenzeit dem bisherigen Eigenthümer verbleiben ꝛc.

2. Tritt die auflösende Bedingung ein, so hört die rechtliche Wirkung des Geschäftes von Rechtswegen auf, also mit sog. dinglicher Wirkung, nicht mit nur persönlicher Wirkung. Rückwirkung tritt aber im Prinzip auch hier nicht ein; der Eintritt der Bedingung äußert sich nicht nur in der Negation des bisherigen Rechtszustandes, sondern positiv darin, daß eo ipso der frühere Rechtszustand sich mit dem Eintritte der Bedingung wiederherstellt. Bei Schuldverträgen wird also der Vertrag nicht rückgängig, sondern es hört das Schuld-

Digitized by Google

verhältniß jetzt auf. Bei Abtretung einer Forderung fällt jetzt die Forderung ohne weitere Rückübertragung an den Abtretenden zurück.

3. Sowohl bei aufschiebender wie auflösender Bedingung können die Parteien ein Interesse daran haben, daß bei Eintritt der Bedingung die Rechtswirkung schon in einem früheren Zeitpunkt, besonders in dem der Vornahme des Rechtsgeschäftes, als eingetreten gelte, z. B. wegen des Fruchtbezuges, der Gefahrtragung, der Abwendung des Verfalles einer Konventionalstrafe ꝛc. Die Parteien können in dieser Richtung verfügen, und ob sie das gethan haben, ist Auslegungsfrage (159). Besondere Auslegungsregeln bestehen nicht, namentlich nicht in der Richtung, daß bei den resolutiven Bedingungen eine solche Absicht der Parteien anzunehmen sei, nicht dagegen bei suspensiven. Die Festsetzung der Rückwirkung hat keine dingliche Wirkung, sondern nur schuldrechtliche. Die Parteien sind einander *verpflichtet*, den Rechtszustand herzustellen, der da sein würde, wenn die Folgen in dem früheren Momente eingetreten wären, genauer, wenn die Wirkung beim aufschiebend bedingten Geschäft in dem früheren Moment eingetreten, beim auflösend bedingten Geschäft in dem früheren Moment überhaupt nicht eingetreten wäre. Der frühere Moment ist im Zweifel der der Vornahme des Geschäftes.

4. Der Eintritt der aufschiebenden und auflösenden Bedingung äußert aber kraft Gesetzes Rückwirkung auf den Moment der Vornahme des Geschäftes, insofern als ein schuldhaftes Verhalten des bedingt Verpflichteten bez. Verfügungen desselben in der Zwischenzeit eintreten (vgl. D. Z. 1. 2).

C. *Der Ausfall der Bedingung.*

1. Bei der aufschiebenden Bedingung ist der Eintritt der Rechtswirkung ausgeschlossen. Ist auf Grund aufschiebend bedingten Versprechens sofort und zwar unbedingt Eigenthum übertragen, so ist der bisherige Eigenthümer nur rückforderungsberechtigt; ist aber auch das Eigenthum ebenso bedingt übertragen, so hat er die dingliche Klage.

2. Bei der auflösenden Bedingung wird die Wirkung des Geschäftes eine definitive.

D. *Das Verhältniß während unentschiedener Bedingung* (160. 161).

1. *Die aufschiebende Bedingung.*

a. Die Unentschiedenheit der Bedingung bringt mit sich *negativ*, daß die Wirkung des Geschäftes noch nicht eingetreten ist; daher besteht kein Anspruch auf Erfüllung aus bedingter Forderung, das bedingt übertragene Recht ist noch nicht erworben; *positiv*, daß, weil

Digitized by Google

die Grundlage für die rechtliche Wirkung als eventuelle gelegt ist, schon jetzt eine Anwartschaft für den einen, Gebundenheit für den anderen Theil besteht. Die unentschiedene Bedingung erzeugt also bestimmte Rechtswirkungen.

b. Die Rechtswirkungen im Einzelnen.

Abgesehen von der Feststellungsklage aus CPO. § 256 gehen die im Zustande der Schwebe befindlichen Rechtswirkungen aktiv und passiv auf die Erben über, was man kurz so ausdrückt, daß das bedingte Recht und die bedingte Verpflichtung übergehen. Der Uebergang folgt aus 1922, Abs. 1. Der Uebergang ist selbstverständlich beschränkt, soweit die Erbfolge gegenständlich beschränkt ist (Bd. II, § 138). Hier greift aber auch 2074 ein, nach welcher Vorschrift im Zweifel die Vererbung der bedingten Zuwendung ausgeschlossen ist (Bd. II, § 131. III. A. Z. 1). Ueber die Behandlung der aufschiebend bedingten Rechte bei Feststellung des Pflichttheiles vgl. Bd. II, § 158.

Bedingte Rechte und Verpflichtungen können ferner übertragen werden, soweit eine Uebertragung des unbedingten Rechtes bez. der unbedingten Verpflichtung zulässig ist. Ebenso ist Novation, Erlaß und Zahlung mit Beziehung auf bedingte Forderungen möglich.

Bedingte Rechte und Verpflichtungen sind genügende Grundlage für accessorische Geschäfte (Bürgschaft, Pfandrecht).

Der bedingt Berechtigte kann Arrest zur Sicherung der Zwangsvollstreckung nach CPO. §§ 916 ff. nachsuchen und einstweilige Verfügungen nach CPO. §§ 935 ff. beantragen; dagegen besteht kein privatrechtlicher Anspruch auf Sicherheitsleistung. Eine eigenthümliche Bedeutung der bedingten Forderungen besteht im Konkurse (KO. §§ 54, Abs. 3. 67. 154. 156. 168. 171).

Der bedingt Verpflichtete[1] hat ein thatsächliches Verhalten zu vermeiden, welches die Anwartschaft des anderen Theiles vereitelt oder beeinträchtigt. Die Sorgfalt, die er zu prästiren hat, ist die, welche ihn bei unbedingt errichtetem Geschäft treffen würde. Er haftet auf Ersatz des Schadens (vgl. 275). Trifft der bedingt Verpflichtete rechtliche Verfügungen und handelt es sich um bedingte Forderungsrechte, so ist die Verfügung des Schuldners in der Schwebezeit über den Gegenstand der Forderung durchaus wirksam; nur tritt

[1] Nicht etwa auch Derjenige, der vom bedingt Verpflichteten während der Schwebezeit z. B. das Eigenthum erworben hat, weil dieser am Geschäft nicht betheiligt ist. Er haftet nur nach den allgemeinen Grundsätzen über unerlaubte Handlungen.

Digitized by Google

bei Eintritt der Bedingung nach 160, Abs. 1 Schadensersatzpflicht ein, ebenso als wenn das Forderungsrecht ein unbedingtes gewesen wäre.

Handelt es sich aber um bedingte Uebertragung und Aufhebung eines Rechtes, Belastung einer Sache oder eines Rechtes, so sind alle Verfügungen des bedingt Verpflichteten während der Schwebezeit insoweit nichtig, als sie die rechtliche Wirkung des Geschäftes, d. h. also die frühere Verfügung des bedingt Verpflichteten vereiteln oder beeinträchtigen. Dem bedingt Verpflichteten wird also nicht die Verfügung überhaupt genommen, sondern nur soweit, als sie mit seinem gegebenen Worte in Widerspruch steht. Unter das Verfügen fällt von vornherein nicht der Erwerb von Rechten oder Rechtsvortheilen. Sind also solche in der Schwebezeit von dem bedingt Verpflichteten zu Gunsten der Sache erworben, so bleiben sie bestehen. Dagegen erlöschen bei Uebertragung des Eigenthumes alle in der Zwischenzeit begründeten Lasten (Servituten, Pfandrechte) und das für einen Andern begründete Eigenthum. Bei Bestellung dinglicher Rechte treten die inzwischen begründeten Rechte hinter den bedingt bestellten bei Eintritt der Bedingung zurück. Den Verfügungen des bedingt Verpflichteten gleich stehen Verfügungen aus seinem Rechte (Zwangsvollstreckung, Arrestvollziehung, Verfügungen durch den Konkursverwalter). Da der bedingt Verpflichtete bei Eintritt der Bedingung als nichtverfügungsberechtigt behandelt wird, so haben Diejenigen, welche von einem bedingt Verpflichteten erworben haben, von einem Nichtberechtigten erworben und genießen den Schutz des guten Glaubens. Der gutgläubige Erwerber einer beweglichen Sache wird nach 932 ff. Eigenthümer. Einwilligung und Genehmigung des bedingt Berechtigten heben den Mangel der Verfügungsmacht. Wird das Eigenthum an Immobilien unter aufschiebender Bedingung erworben, so ist die Auflassung unter Bedingung unzulässig (925), statthaft aber die Eintragung einer Vormerkung (883) auf Uebertragung oder Rückübertragung[1].

In diesen Fällen der rechtlichen Verfügung tritt wahre Rückwirkung kraft Gesetzes ein; denn die Gebundenheit tritt nicht etwa schlechthin ein, sondern nur, wenn die Bedingung eintritt, und mit dem Eintritt. Erst mit dem Eintritt wird über den Bestand der Verfügungen der Zwischenzeit entschieden. Diese Entscheidung trifft die Verfügungen von Rechtswegen und direkt. Würde sich jetzt lediglich entscheiden, daß der Verfügende sich mit seinem Worte in Widerspruch gesetzt hat, so käme man nur zu einer persönlichen Verpflichtung des Verfügenden, zur Beseitigung der Verfügungen bez.

[1] Vgl. Kohler, A., Arch. f. bürgerl. R. Bd. 15 (1898), S. 101 f.

Digitized by Google

zum Schadensersatze. Diese Gestaltung lehnt aber das Gesetz mit Recht ab. Daher ist Rückwirkung wie in 184 die richtige Formel.

2. Die auflösende Bedingung.

Hier ist in der Schwebezeit die rechtliche Wirkung da. Es besteht aber die Eventualität, daß sie wieder fortfällt mit dem Eintritt der Bedingung, und insofern liegt auch hier Anwartschaft und Gebundenheit mit der gleichen Bedeutung wie bei der aufschiebenden Bedingung vor (Z. 1). Für die Behandlung im Konkurse vgl. noch KO. §§ 66. 168.

IV. Uneigentliche Bedingungen haben nur die äußere Formulirung mit den eigentlichen Bedingungen gemein.

A. Weil es an der Ungewißheit des Umstandes fehlt, sind nur uneigentliche Bedingungen:

1. Die auf vergangene oder gegenwärtige Thatsachen gestellten (condiciones in praeteritum vel praesens relatae). Die rechtliche Wirkung ist dann sofort vorhanden oder sofort nicht vorhanden, trotz der subjectiven Ungewißheit der Parteien.

2. Die nothwendige Bedingung (condicio necessaria). Die rechtliche Wirkung ist hier vorhanden oder nicht vorhanden. Sind diese Bedingungen positive, so ist möglicherweise eine Befristung beabsichtigt; hierher gehört auch die sog. negativ unmögliche Bedingung (Nichteintritt eines unmöglichen Umstandes).

3. Die unmöglichen Bedingungen (condiciones impossibiles), d. h. solche Bedingungen, bei denen schon im Momente des Geschäftsabschlusses sicher ist, daß sie aus natürlichen Gründen nicht eintreten werden. War die Bedingung anfänglich möglich, so bedeutet ihre spätere Unmöglichkeit den Ausfall. Ist die unmögliche Bedingung eine aufschiebende, so ist das Geschäft nichtig; ist sie eine auflösende, so ist es unbedingt errichtet. Kenntniß der Parteien von der Unmöglichkeit begründet den Zweifel an der Ernstlichkeit des Willens. Eine eigentliche Bedingung liegt dann vor, wenn die Parteien bei Vornahme des Geschäftes die spätere Möglichkeit ins Auge gefaßt haben (308. 309).

B. Weil es an einer Parteibestimmung fehlt, sind uneigentliche Bedingungen die Rechtsvoraussetzungen (condiciones juris)[1]. Die Rechtsvoraussetzungen sind entweder mit dem Wesen des Rechtsgeschäftes von selbst gegeben oder beruhen auf besonderer

[1] Man spricht hier auch von stillschweigender Bedingung (cond. tacita), eine wegen der Verwechselung mit der stillschweigend erklärten wirklichen Bedingung bedenkliche Terminologie.

Digitized by Google

Rechtsvorschrift. Nicht alle Voraussetzungen der rechtlichen Wirkung müssen im Moment der Errichtung vorliegen, sondern können sich später verwirklichen. Es liegt dann auch hier ein Schwebezustand vor, der unter seinen eigenen Regeln steht (z. B. bei der Genehmigung). Die durch die Parteien zum Ausdruck gebrachte Rechtsvoraussetzung kann über diese hinaus wahre Bedingung enthalten.

Die reine Rechtsvoraussetzung ist ein stets bedeutungsloser, im Zweifel auch unschädlicher Zusatz[1].

V. Das Verhältniß der eigentlichen Bedingungen zu den wesentlichen Erfordernissen des Rechtsgeschäftes.

A. Die Hinzufügung gewisser Bedingungen kann den Mangel eines wesentlichen Erfordernisses des Geschäftes aufdecken.

1. Bei Bedingungen, die in das bloße Wollen der Parteien gestellt sind, sei es der Partei, die verpflichtet ist, sei es derjenigen, die berechtigt werden soll, kann es, worüber die Auslegung entscheidet, an dem Geschäftswillen bei Vornahme des Geschäftes fehlen. So besonders bei einseitig verpflichtenden Geschäften. Dann tritt eine Verpflichtung auch nicht ein. Es kann aber die Auslegung auch ergeben, daß der Verpflichtungswille vorhanden ist, und dann ist die Bedingung künftigen Wollens durchaus von gleicher Bedeutung wie jede andere Bedingung. Es gilt das besonders, wenn der zukünftige Umstand eine Handlung des Erklärenden ist, die zwar in seiner Macht steht, ihm aber zugleich auch durch seine sonstigen Interessen gerathen sein kann, und vollends dann, wenn die Bedingung nur scheinbar potestativ ist.

Namentlich sind gegenseitige Verträge, z. B. der Kauf auf Probe nach 495. 496 (vgl. Bd. I, § 110, V.), Leihe, Miethe, Dienstverträge auf Probe durch das Wollen einer Partei bedingt. In Fällen, in denen die Bedingung des Wollens wahre Bedingung ist, kann sie aber für unzulässig erklärt sein (vgl. 2065)[2].

2. Perplexe Bedingungen, d. h. solche, deren Inhalt mit dem Geschäftsinhalte in unvereinbarem Widerspruche steht, und

[1] Hellmann, Vorträge, § 26, will mit Ausschluß der condiciones juris die uneigentlichen Bedingungen als eigentliche im Sinne des Gesetzes ansehen. Praktisch würde diese Auffassung bei der unter VI. im Text erörterten Frage werden. Ich halte die Auffassung Hellmann's deshalb für unzutreffend, weil das Gesetz nur solche Bedingungen regelt, die einen Schwebezustand herbeiführen. Damit ist der Begriff der Bedingung im engeren Sinne gegeben. Meischeider, Die letztwilligen Verfügungen, S. 105 ff., der die Ansicht H.'s vertritt.

[2] Vgl. hierzu i. A. und besonders über die römische Regel F. Leonhard, a. a. O.

Digitized by Google

überhaupt unverständliche Bedingungen machen das Geschäft stets nichtig, weil eine Feststellung des Parteiwillens nicht möglich ist. Gewisse Geschäfte haben einen solchen Inhalt, daß jede Bedingung in Verbindung mit ihnen als perplex erscheint und das Geschäft vernichtet. So alle Akte, die, wie Mahnung, Kündigung ꝛc., eine Vorstellungsmittheilung enthalten [1].

B. Die unsittlichen und rechtlich nicht erlaubten Bedingungen. Hier ist entweder der Geschäftsinhalt einwandfrei, der in der Bedingung gesetzte Umstand aber etwas Unsittliches bez. Unerlaubtes, oder die Bedingung in sich selbst ist zwar sittlich und rechtlich erlaubt, ja vielleicht sittlich geboten, aber das Geschäft unter dieser Bedingung ist unsittlich oder unerlaubt. Es folgt, daß nach 134. 138 in Verbindung mit 139 das ganze Geschäft oder nur die Bedingung nichtig ist. Ueber die Frage, was als unsittliche Bedingung zu betrachten ist, vgl. Bd. I, § 54. Als unsittlich können auch die Bedingungen, die den Bedachten lediglich verhöhnen sollen (cond. derisoriae), und diejenigen, deren Erfüllung schlechthin unvernünftig wäre, gelten.

VI. Geschäfte, die keine Bedingungen vertragen (vgl. actus legitimi). Der Ausschluß der Bedingung beruht in den einzelnen Fällen auf verschiedenen legislatorischen Erwägungen.

1. Die Geschäfte sind die Aufrechnungserklärung (388), die Auflassung (925), die Eheschließung (1317), die Anerkennung der Ehelichkeit (1598) die Ehelichkeitserklärung (1724), die Annahme an Kindesstatt (1742), die Aufhebung der Annahme an Kindesstatt (1768), die Annahme und Ausschlagung der Erbschaft (1947), die Annahme und Ausschlagung des Vermächtnisses (2180), die Annahme und Ausschlagung des Amtes eines Testamentvollstreckers (2202).

2. Die Folge der Hinzufügung ist in allen Fällen Nichtigkeit des Geschäftes. Rechtsbedingungen oder sonstige uneigentliche Bedingungen schaden nicht. Geschäfte, die nur gewisse Arten von Bedingungen nicht vertragen, kennt das BGB. nicht; daß Geschäfte gewisse oder überhaupt keine Bedingung vertragen, kann aber seinen Grund schon in der Natur des Geschäftes haben. Dann liegt Perplexität, Unsittlichkeit ꝛc. vor. Einer besonderen Vorschrift bedarf es in solchen Fällen nicht.

---

[1] Hellmann, Krit. V.J.Schr. Die Kündigung (1898), S. 80 f. Vgl. Bd. 41 (1899) S. 222. Immerwahr, aber Oertmann, S. 285. Z. 2.

Digitized by Google

VII. Die Auflage (modus).

Das BGB. kennt die Voraussetzung als eine selbständige allgemeine, der Bedingung und Befristung an die Seite gestellte Erscheinung nicht. Die Fälle, die man darunter gestellt hat, haben im Gesetz jeder seine gesonderte Regelung erfahren (vgl. Bd. I §§ 54. 131. 141; Bd. II §§ 83. 132).

Zu den im Gesetz besonders geregelten Fällen gehört auch die Auflage. Nähere Bestimmungen trifft das Gesetz für die Auflage nur bei Verfügungen von Todeswegen (Bd. II, § 155) und Schenkungen (Bd. I, § 112).

A. Die Auflage (modus) ist die bei einer unentgeltlichen Vermögenszuwendung für den Empfänger derselben durch besondere Nebenbestimmung begründete Verpflichtung zu Gunsten des Gebers, eines bestimmten Dritten, der Allgemeinheit oder des Empfängers selbst. Die unentgeltliche Vermögenszuwendung ist entweder Schenkung oder Zuwendung von Todeswegen durch Erbeseinsetzung, Vermächtniß, Erbvertrag.

Inhalt der Auflage ist eine Verpflichtung des Empfängers zu einem Thun oder Unterlassen, das nicht nothwendig pekuniären Werth haben muß und schon deshalb nicht immer die Verwendung des Empfangenen in sich schließt. Die Verpflichtung kann begründet sein auch zu Gunsten des Empfängers allein, soweit nicht bloß ein unverbindlicher guter Rath gemeint oder nur der Anlaß der Zuwendung bezeichnet ist. Die Bedeutung unsittlicher, unerlaubter, unmöglicher Auflagen bestimmt sich nach 139; vgl. Bd. I, § 112 (Schenkung) und Bd. II, § 155 (Verfügungen von Todeswegen).

B. Das Verhältniß der Auflage zum Geschäfte ist ein anderes als bei der Bedingung.

Die Auflage beruht auf einer selbständigen Nebenbestimmung. Sie ist nicht ein integrirender Bestandtheil des Geschäftes. Das Geschäft verfolgt seinen Hauptzweck, die Auflage einen selbständigen Nebenzweck in Verbindung mit dem Hauptzweck. Auflage liegt demnach nicht mehr vor, wenn die Verpflichtung des Empfängers als Aequivalent einer Vermögenszuwendung gedacht ist. In solchen Fällen ist der juristische Zweck der Zuwendung die Begründung der Verpflichtung beim Empfänger der Zuwendung (datio ob causam). Die Zuwendung ist dadurch rechtlich charakterisirt (Bd. I, § 54). Ueber den Unterschied vom Vermächtniß vgl. Bd. II, § 155.

C. Die Wirkung der Auflage. Die Auflage hindert nicht die Verwirklichung der Zuwendung. Die rechtliche Wirkung des Geschäftes

Digitized by Google

tritt also ein. Es fehlt somit das der aufschiebenden Bedingung eigenthümliche Schwebeverhältniß. Der Empfänger wird aber zur Erfüllung der Auflage verpflichtet. Darin liegt der Unterschied gegenüber der auflösenden potestativen Bedingung. Wie diese Verpflichtung zu erzwingen ist, beantwortet sich bei Schenkungen und Verfügungen von Todeswegen verschieden. Im Allgemeinen besteht sowohl ein Anspruch auf Erfüllung wie auf Rückforderung des Zugewendeten. Die näheren Voraussetzungen und Beschränkungen dieser Ansprüche vgl. Bd. I, § 112. Bd. II, § 155. Einen allgemeinen Rückforderungsanspruch, etwa unter der Begründung, daß nach Nichterfüllung der Auflage auch die Hauptwirkung des Geschäftes nicht dem wahren Willen des Zuwendenden entspreche, kennt das BGB. nicht.

§ 59.

Das befristete Rechtsgeschäft.[1])

I. Begriff. Die Befristung geht entweder dahin, daß die rechtliche Wirkung mit einem späteren Zeitpunkte erst beginnen soll (Anfangstermin, dies a quo) oder zwar sofort beginnen, aber mit einem späteren Zeitpunkte fortfallen soll (Endtermin, dies ad quem). Es handelt sich um Parteibestimmung, welche die rechtliche Wirkung an einen zukünftigen Zeitpunkt anknüpft; da dieser sicher eintreten muß, tritt keine Schwebe ein; das Schicksal der rechtlichen Wirkung ist von vornherein festgestellt. Das Verhältniß der Befristung zum Geschäfte ist das gleiche wie bei der Bedingung. Daraus ist auch hier kein Schluß auf die Beweislast zu ziehen.

---

[1]) Materialien: M. I. S. 248 ff. 269 f. V, S. 25. P. I. S. 179. 186 f. Litteratur: 1888: Hölder, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 73, S. 128 f. Zrodlowski, Kodifikationsfragen, S. 76. 1889: Jacoby, Annalen d. d. Reiches, S. 670. 698. Fischer, Beitr., H. 6, S. 105 f. Bekker, System II, S. 305. 1890: Meyer, GA., S. 944. Reatz, GA. S. 1280. Siméon, Das Wesen des befristeten Rechtsgeschäftes, S. 138 ff. Zitelmann, Beitr., H. 9/10, S. 137. Rocholl, Vorschläge, S. 66. 1891: Hölder, Pandekten I, § 53. Jakubezky, Bemerkungen S. 35. 1892: Bähr, Gegenentwurf S. 35. 1893: Cretschmar, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 81, S. 158 ff. Regelsberger I, §§ 157. 158. 1895: Kuhlenbeck, Rechtsprechung I, S. 292 ff. 1897: Hellmann, Vorträge über das BGB., § 27. Bunsen I, §§ 26. 30. 1898: Börner, Sächs. Arch. Bd. 8, S. 52 f. Kuhlenbeck, Von den Pandekten ꝛc. I, S. 379 ff. Leske, § 29. Goldmann-Lilienthal, S. 96 f. Weyl I, § 54. 1899: Endemann I, § 79. Cosack I, § 62. Krückmann, § 83. v. Buchka, § 7.

Digitized by Google

II. Die Bestimmung von Anfangs- und Endtermin ist in verschiedener Weise möglich: entweder durch Benutzung des Kalenders (direkte Bestimmung des Zeitpunktes durch den Kalender, indirekte Bestimmung des Zeitpunktes durch Erstreckung einer Zeitstrecke von einem kalendermäßig direkt bestimmten Zeitpunkte an, (dies certus an et quando); oder die Festsetzung kann erfolgen durch Anknüpfung an ein Ereigniß, dessen Eintritt sicher, bei dem aber ungewiß ist, wann es eintritt (dies certus an — incertus quando); oder durch Anknüpfung an ein dem Eintritte nach ungewisses Ereigniß, wenn nur der Tag, an dem es eintreten kann, ein gewisser ist und nur auf diesen von den Parteien gesehen ist (dies certus an et quando).

Wird von den Parteien an ein Ereigniß angeknüpft, das seinem Eintreten nach ungewiß ist, und soll die rechtliche Wirkung auch zugleich von dem Eintreten dieses Ereignisses abhängen, so liegt entweder nur Bedingung oder zugleich auch neben der Bedingung eine Befristung vor (entweder dies incertus an et quando: „am Hochzeitstage des X", oder: dies incertus an certus quando: „an meinem 25. Geburtstage").

Die Interpretation hat demnach nicht auf die Fassung der Willenserklärung zu sehen, sondern auf den Willen der Parteien. Eine Fassung, die äußerlich einen dies certus an kundgiebt, kann eine stillschweigende Bedingung enthalten, und eine Fassung, die an ein seinem Eintritt nach ungewisses Ereigniß anknüpft, kann einen dies certus an enthalten.

III. Die Wirkung der Befristung.

a. Die Wirkung des Eintrittes des Anfangs- und Endtermines gestaltet sich wie bei der aufschiebenden und auflösenden Bedingung. Bei der aufschiebenden Befristung (Anfangstermin) tritt also die Wirkung erst mit dem Termin ein. Daher bedurfte es in 813, Abs. 2 der Ausnahmevorschrift. Mit dem Eintritt der auflösenden Befristung (Endtermin) hört die rechtliche Wirkung auf, und der vor dem Geschäftsabschluß vorhandene Rechtszustand tritt von selbst wieder ein (158. 163).

b. Unter den Regeln der Bedingungen steht auch die Wirkung des betagten Geschäftes in der Zwischenzeit, was die schuldhafte Vereitelung und die Verfügungen betrifft (160. 161. 163).

c. Das Gleiche gilt von der sonstigen Bedeutung des befristeten Geschäftes während des Fristlaufes (vgl. KO. § 65).

Digitized by Google

IV. Die Geschäfte, die keine Befristung vertragen, sind die gleichen, die auch eine Bedingung nicht zulassen.

§ 60.

Die Auslegung der Rechtsgeschäfte[1].

I. Die Auslegung der Rechtsgeschäfte hat den subjektiven Sinn der zum Thatbestande des Rechtsgeschäftes gehörenden Willenserklärungen zu erforschen, nicht etwa unabhängig von der Willenserklärung den subjektiven Sinn zur Geltung zu bringen.

II. Für die Auslegung kommt in erster Linie das Wort in Betracht. Bei dem Wechsel und der Verschiedenheit des Sprachgebrauches ist auch der Wortsinn einer Erklärung keineswegs ein fester und sicherer. Bei Feststellung des Wortsinnes ist nicht nur der allgemeine Sprachgebrauch, sondern je nach Lage des Falles und der Art des Geschäftes auch ein besonderer, ja auch ein individueller Sprachgebrauch des Erklärenden zu beachten. Außer dem gebrauchten Wort sind je nach dem konkreten Falle auch andere Umstände: Zweck des Geschäftes, Zusammenhang des Geschäftes mit anderen Geschäften, die Vorverhandlungen, die den Abschluß begleitenden Umstände, auch dem Abschluß nachfolgendes Handeln und besonders auch die Verkehrsübung, heranzuziehen. Das Gesetz giebt, von besonderen Auslegungsregeln abgesehen, allgemeine Vorschriften:

A. Der wirkliche Wille ist zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinn des Ausdruckes zu haften (133).

B. Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Diese Vorschrift bezieht

---

[1] Materialien: M. I. S. 154 ff. P. I. S. 68. 623 f.

Litteratur: 1888: Hölder, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 73, S. 67. Schilling, Aphorismen, S. 38. Zróblowski, Kodifikationsfragen, S. 65 f. 1889: Zitelmann, Beitr., H. 7/8, S. 93 ff. 97 f. Jacoby, Annalen des d. Reichs, S. 637 f. Gierke, Der Entwurf, S. 162. 1890: Hellmann, GA., S. 492. 1891: Hölder, Pandekten I, § 56. 1893: Regelsberger I, § 177. 1897: Hellmann, Vorträge über d. BGB., § 18. Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte. Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse, S. 55 ff. 1898: Hachenburg, Das BGB., S. 6. Goldmann-Lilienthal, S. 88. Weyl I, § 51. Danz, Jahrb. f. Dogmat., Bd. 38, S. 373 ff. 1899: Reuterskiöld, Ueber Rechtsauslegung (S.A.), bes. S. 26 ff. 76 ff. Danz, D. Jur. Zeitg., Jahrg. 4, S. 139 ff. Petersen, ebenda, S. 281 ff. Cosack I, § 63. Krückmann, § 85. Dernburg, Das bürgerl. Recht, II. §§ 9. 10.

Digitized by Google

sich auf alle Verträge (dingliche, schuldrechtliche ꝛc.), sie besagt, daß der Richter bei Feststellung des Vertragsinhaltes, wenn die Auslegung nach A. kein sicheres, festes Ergebniß liefert, das zu berücksichtigen hat, was nach der Verkehrssitte und allem sonstigen thatsächlichen Material Treu und Glauben an die Hand geben (157, vgl. 242)[1].

C. Bei letztwilligen Verfügungen soll in Zweifelsfällen diejenige an sich mögliche unter mehreren Auslegungen vorgezogen werden, bei welcher die Verfügung Erfolg haben kann (2084).

III. Die besonderen Auslegungsregeln knüpfen an bestimmte Ausdrücke und Wendungen in den Willenserklärungen an und geben diesen einen bestimmten Inhalt. Die gesetzliche Deutung dieser Ausdrücke tritt ein, wenn nicht die Parteien eine andere zum Ausdruck gebracht haben (z. B. 186 ff. 269, Abs. 3. 332. 336, Abs. 2 ꝛc.). Die Auslegungsregel setzt in anderen Fällen einen irgendwie geäußerten Willen voraus und stellt fest, ob überhaupt der Wille auf Rechtsfolgen gerichtet ist (z. B. 329. 364, Abs. 2), oder wenn die gewollten Rechtsfolgen i. A. klarliegen, ob auch gewisse besondere Rechtsfolgen eintreten oder nicht (612. 632. 685, Abs. 2. 1429. 1618).

IV. Diese allgemeinen und die zahlreichen besonderen Auslegungsregeln erklären sich aus der Thatsache, daß sich häufig ein zweifellos sicheres Ergebniß nicht finden läßt. Streng genommen gelangte man dann zur Nichtigkeit der Willenserklärung. Das Bedürfniß verlangt aber Anerkennung eines Wahrscheinlichkeitsresultates. Da der Wille der Parteien mit diesem keineswegs übereinstimmen muß, so ergiebt sich die Frage, ob die Thätigkeit des Richters hier noch Auslegung oder nicht vielmehr Ergänzung ist und der Rechtssatz, der den Richter hierzu ermächtigt, nicht Auslegungsvorschrift, sondern ergänzender Rechtssatz ist? Das ist aber abzulehnen, weil in allen solchen Fällen die Vorschrift eine vorhandene Willenserklärung in ihrem Sinne feststellt, während der ergänzende Rechtssatz das Fehlen einer Parteiwillenserklärung voraussetzt (vgl. Bd. I, § 10).

V. Eine der Auslegung verwandte Aufgabe erwächst dem Richter da, wo das Gesetz die feststehende Absicht der Partei für wirkungslos erklärt, wenn anzunehmen ist, daß bei vorliegender Aenderung

[1] Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse (1897), S. 37. Hellmann, Krit. V. J. Schr., Bd. 41 (1899), S. 228 ff. Otto, Sächs. Arch. Bd. 8, S. 647 f. Hölder, Komment., S. 340 ff.

Digitized by Google

der Umstände die Partei diesen Willen nicht gehabt haben würde, oder, wenn das Gesetz in solchem Falle den Willen der Partei zur Geltung gelangen läßt, den die Partei, wäre sie vor die Entscheidung gestellt gewesen, gehabt haben würde (139. 155. 2085. 2195).

§ 61.

Die unerlaubten Handlungen[1].

Die unerlaubten Handlungen unterscheiden sich als juristische Handlungen von den Rechtsgeschäften dadurch, daß die rechtliche Wirkung an sie angeknüpft wird ohne Rücksicht auf den die rechtliche Wirkung erstrebenden Willen und nur mit Rücksicht auf die Rechtswidrigkeit. Ihre Rechtswidrigkeit scheidet die unerlaubte Handlung von anderen erlaubten Rechtshandlungen.

I. Die unerlaubten Handlungen (Unterlassungen) sind diejenigen, die sich als rechtswidriges Verhalten, d. h. als eine Verletzung von Rechtsvorschriften (Gebote, Verbote) darstellen und einen dem Rechte widersprechenden Erfolg herbeiführen.

A. Der herbeigeführte Erfolg widerspricht also dem von der Rechtsordnung gewollten Zustande. Es kann darin liegen zugleich die Verletzung subjektiven Privatrechtes. Es kann auch Strafbarkeit vorliegen.

---

[1] Materialien: M. I. S. 279 f. P. I. S. 186 ff. 302. Begründung der Nov. z. CPO. S. 173.

Litteratur: Vgl. Bd. I. §§ 83. 142. 1888: Bekker, Beitr., H. 2, S. 47 f. Hölder, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 73, S. 130 ff. Hartmann, ebenda, S. 382. Schilling, Aphorismen, S. 54 f. Birkmeyer, Mecklenb. Zeitschr., Bd. 7, S. 217 f. Zróblowski, Kodifikationsfragen, S. 36. 1889: v. Liszt, Beitr., H. 5, S. 15 ff. Goldschmidt, Krit. Erörterungen, S. 76 ff. Gierke, Der Entwurf, S. 38 f. Laband, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 74, S. 3. Mataja, Arch. f. bürg. Recht, Bd. 1, S. 272 f. Jacoby, Annalen d. d. Reichs, S. 671. Menger, Arch. f. sociale Gesetzgebung und Statistik, Bd. 2, S. 477. Meischeider, Beitr., H. 3, S. 34 f. 1890: Schmidt, GA., S. 1189 f. Zitelmann, Beitr., H. 9/10, S. 132 ff. 179. Rocholl, Vorschläge, S. 67. 1891: Hölder, Pandekten I, § 59. 1892: Wendt, Jahrb. f. Dogm., Bd. 31, S. 137 ff. Jakubezky, Bemerkungen S. 35. 160. 1893: Regelsberger I, §§ 178. 179. 1895: Kuhlenbeck, Rechtsprechung I, S. 220 ff. 1897: Hellmann, Vorträge, § 28. Wendt, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 87, S. 422 ff. Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse, S. 111 f. Oppenheimer, Bl. f. Rechtsanwendung, Ergänzungsbd. 15, S. 337 ff. 1898: Meves, Arch. f. Strafrecht (Goltd.), Jahrg. 46, S. 84 ff. 161 ff. Goldmann-Lilienthal, S. 60 ff. 184 ff. Weyl, Arch. f. bürg. R., Bd. 14, S. 79 ff. v. Liszt, Die Deliktsobligationen im System des BGB. 1899: Endemann I, § 86. Cosack I, §§ 71. 72. Krückmann, § 43. Dernburg, Das bürgerl. Recht, II. S. 134 ff.

Digitized by Google

B. Der Erfolg muß sich auf eine *menschliche Handlung* zurückführen im Gegensatze zu Naturereignissen und der rein zufälligen Körperbewegung.

1. Vorausgesetzt ist also auch *Fähigkeit zum Handeln* (*Verantwortlichkeit*). Diese ist bei unerlaubten Handlungen ausgeschlossen: bei Bewußtlosigkeit, Geisteskrankheit, bei Personen unter sieben Jahren, bei juristischen Personen, bei Personen, die das siebente, aber nicht das achtzehnte Lebensjahr vollendet haben, und bei Taubstummen, wenn sie bei Begehung der schädigenden Handlung nicht die zur Erkenntniß der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht hatten. In solchen Fällen ist aber eine *Haftung* nicht immer ausgeschlossen (z. B. 31. 86. 278. 827—829). Vgl. Bd. I, § 143.

2. Es muß *Kausalzusammenhang* zwischen Handlung und Erfolg vorliegen.

C. *Die Widerrechtlichkeit* darf nicht durch besondere Umstände behoben sein. Das würde sie sein, wenn rechtliche Befugniß zum schädigenden Eingriffe, gesetzliche Pflicht oder autoritativer Befehl vorliegen, wenn der Handelnde im Nothstande oder in Nothwehr handelt, wenn der verfügungsberechtigte Verletzte einwilligte. Eine Haftung ist trotzdem nicht immer ausgeschlossen (231).

D. Das rechtswidrige Verhalten kann allein objektiv oder zugleich auch subjektiv nicht gerechtfertigt sein. Daher besteht der Unterschied von objektivem und subjektivem Unrecht. Subjektives Unrecht liegt dann vor, wenn die Herbeiführung des rechtswidrigen Erfolges dem Handelnden zugerechnet werden kann. In solchen Fällen liegt *Schuld* des Handelnden vor, der Erfolg ist verschuldet. Rechtsfolgen können sich anknüpfen an das objektive Unrecht (122. 179. 231. 278. 833. CPO. § 945) und an das subjektive. Im letzteren Falle muß die Rechtsordnung auch sagen, *wann* Schuld anzunehmen ist. Das schuldhafte rechtswidrige Verhalten ist entweder *Delikt* oder *Verletzung bestehender Verpflichtungsverhältnisse*. Beim Delikt liegt Rechtswidrigkeit vor ohne Rücksicht auf die Verletzung eines zwischen dem Handelnden und dem Verletzten bestehenden Verpflichtungsverhältnisses. Unter die „unerlaubten Handlungen" stellt das Gesetz aber auch die Fälle der Haftung ohne Verantwortlichkeit, ohne Rechtswidrigkeit und ohne Schuld.

E. *Die Rechtsfolgen der unerlaubten Handlung* bestehen in der öffentlichen Strafe und in der Schadensersatzpflicht oder in Beidem zugleich auch oder in sonstigen Rechtsnachtheilen (z. B. 338. 351. 1996).

Digitized by Google

II. Die Schuld.

A. Die Schuld kommt in Betracht bei der bloßen Rechtsverletzung (Nichterfüllung von Verpflichtungen, nicht bloß eigentlichen Schuldverpflichtungen) und beim Delikt, ferner in sonstigen zahlreichen Fällen, in denen das Vorhandensein oder das Nichtvorhandensein einer Schuld Voraussetzung des Eintrittes einer rechtlichen Wirkung, d. h. Thatbestandsmoment ist (z. B. 121. 122. 123. 142. 240 ꝛc.).

B. Verschulden ist entweder Vorsatz oder Fahrlässigkeit (53. 160. 228 ꝛc.)[1].

1. Vorsatz[2]. Zum Vorsatz gehört, daß der Handelnde den rechtswidrigen Erfolg sich vorstellte und billigte, als er handelte; daß er das Bewußtsein hatte, die Handlung werde den rechtswidrigen Erfolg herbeiführen. Zum Vorsatz kann hinzutreten die rechtswidrige Absicht, d. h. sein Handeln hat die Herbeiführung zum Zwecke. Das Gesetz hebt dieses Moment der „Absicht" an einigen Stellen durch das Wort „böswillig" hervor (324. 1567. 2333), während auch wieder Absicht nur den Vorsatz bezeichnet (1456). Der Vorsatz kann auch ein bloß eventueller (dolus eventualis) sein[3].

2. Fahrlässigkeit liegt dann vor, wenn der Handelnde die gebotene Sorgfalt nicht beobachtet hat, zugleich aber den Erfolg seiner Handlung hätte vorhersehen können. Das Gesetz enthält in 276 keine erschöpfende Definition der Fahrlässigkeit, sondern bestimmt nur den Grad der Sorgfalt, die der Einzelne anwenden soll. In dieser Beziehung reicht die Vorschrift über das Gebiet des Schuldrechtes hinaus. Zur Feststellung, ob Fahrlässigkeit vorliegt, ist zunächst die Frage zu beantworten, ob der Betreffende die gebotene Sorgfalt (a) beobachtet hat. Ist diese Frage zu bejahen, so kann ihm der Erfolg nicht zugerechnet werden; ist sie aber zu verneinen, so ist zu prüfen, ob der Handelnde auch den Erfolg vorhersehen konnte (b).

a. Die Bestimmung, welche Sorgfalt, Aufmerksamkeit, diligentia der Einzelne anzuwenden hat, kann das Recht an sich verschieden treffen, entweder nach einem rein konkreten, individuellen oder nach einem rein objektiven, abstrakten Maßstabe oder nach einem beschränkt abstrakten Maßstabe. Bei Anlegung eines rein individuellen Maßstabes würde lediglich die Sorgfalt geboten sein, die nach den indivi-

[1] Sittliches Verschulden (1611, Abs. 1. 1580; Abs. 3) gehört nicht hierher.

[2] Vgl. Hagen, Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft, Bd. 19 (1899), S. 159 ff.

[3] Vgl. Jur. Tag 24, Bd. 4 (1898), S. 271 ff.

Digitized by Google

duellen Verhältnissen des Handelnden erwartet werden kann. Eine derartige Bestimmung wäre unzweckmäßig und ungerecht. Die Anforderungen an die Sorgfalt des Einzelnen müssen vielmehr Durchschnittsanforderungen sein und sich nach abstraktem Maßstabe bemessen. Die Durchschnittsanforderungen und der abstrakte Maßstab sind nun auch nicht in allen Fällen gleich hohe. In gewissen Verhältnissen wird vom Einzelnen eine angespanntere Sorgfalt verlangt als in anderen. Nach diesem abstrakten Maßstab ist zu bemessen, ob eine Verletzung desselben vorliegt. Einen solchen wechselnden abstrakten Maßstab schreibt auch das BGB. vor, und den Abstufungen dieses Maßstabes entsprechend ergeben sich verschiedene Grade der Fahrlässigkeit.

α. Es giebt einen abstrakten Maßstab zunächst für die Fahrlässigkeit i. A. Fahrlässigkeit ist Vernachlässigung der im Verkehr üblichen Sorgfalt. Der Richter hat also den Maßstab dem Verkehre zu entnehmen. Der im Verkehr übliche Maßstab muß entnommen werden von Dem, was ein tüchtiger, sachkundiger Mann zu beobachten pflegt. Ueberall, wo das Gesetz von Fahrlässigkeit schlechthin spricht, ist also Verletzung dieses vom Verkehr gegebenen Maßstabes gemeint. Diese Fahrlässigkeit wäre die leichte (culpa levis) oder gewöhnliche. Der in dem Verhalten des bonus pater familias liegende Maßstab des römischen Rechtes ist damit nicht verlassen, wohl aber anders formulirt (276. 831. 834. 836). Mehrfach ist an Stelle des im Verkehr Ueblichen hingewiesen auf Das, was ordnungsmäßige Wirthschaft und Verwaltung fordern (745. 1039. 1078. 1288 ꝛc.).

β. In einigen Fällen beschränkt aber das Gesetz die Haftung auf grobe Fahrlässigkeit. Diese wird nicht näher definirt. Ist aber Fahrlässigkeit Vernachlässigung der im Verkehr üblichen Sorgfalt, so liegt grobe Fahrlässigkeit vor, wenn auch dem vom Verkehr gegebenen geringeren Maßstabe (Sorgfalt eines Durchschnittsmenschen) nicht genügt ist. Umschreibt man die grobe Fahrlässigkeit mit unverantwortlichem Außerachtlassen der gebotenen Fürsorge, so ist damit nicht geholfen, weil wir in dieser Formulirung noch kein Maß haben, um zu bestimmen, was unverantwortliches Außerachtlassen ist. Unverantwortlich kann es nur sein mit Rücksicht auf das Maß der Sorgfalt, das geboten war. War dieses ein geringes, das Jedem zugemuthet werden kann, so ist dessen Nichtbeachtung unverantwortlich. Die Fälle, in denen nur für grobe Fahrlässigkeit gehaftet wird, sind: 521 (Schenkung), 599 (Verleiher), 680 (Geschäftsführung ohne Auftrag zur Abwendung dringender Gefahr), 300 (Schuldner nach Verzug des Gläubigers),

Digitized by Google

968 (Finder). Die grobe Fahrläſſigkeit hat auch ſonſt Bedeutung, z. B. in 460. 539. 723. 932 ꝛc.[1]

γ. In anderen Fällen wieder beſchränkt ſich die Haftung auf diejenige Sorgfalt, die Jemand in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegte. Das bedeutet, daß er zwar für grobe Fahrläſſigkeit im Sinne von β ſtets einzuſtehen hat, ſelbſt wenn er die entſprechende Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten nicht beobachtete (277), daß er aber davon abgeſehen nur das Maß von Sorgfalt zu beobachten hat, welches er in ſeinen eigenen Angelegenheiten zu beobachten pflegte. Eine Steigerung über die Haftung für leichtes Verſchulden hinaus ſoll aber andererſeits bei Anwendung dieſes Maßſtabes nicht eintreten. Der hier mit dieſer Beſchränkung eintretende Maßſtab iſt kein rein konkreter, ſondern gleichfalls ein abſtrakter, aber beſchränkt abſtrakter, es kommt das durchſchnittliche Verhalten des Handelnden in ſeinen Angelegenheiten in Frage. Dieſer Maßſtab findet Anwendung in: 690 (unentgeltliche Verwahrung), 708 (Geſellſchafter), 1359 (Ehegatten), 1664. 1686 (Eltern als Inhaber elterlicher Gewalt).

b. Iſt nach dem geſetzlichen Maßſtabe gemeſſen eine Verletzung der Sorgfalt gegeben, ſo iſt weiter und zwar nach den ſubjektiven und individuellen Verhältniſſen des Handelnden zu prüfen, ob er den Eintritt des Erfolges vorherſehen konnte. Iſt das nicht der Fall, ſo liegt Fahrläſſigkeit nicht vor.

C. Die im Geſetz enthaltenen Beſtimmungen über den Grad der Haftung ſind dispoſitiver Natur. Der geſetzliche Grad der Haftung kann durch die Parteien abgeſchwächt oder geſteigert werden. Nur die Haftung für Vorſatz kann nicht im Voraus ausgeſchloſſen werden (276, Abſ. 2, 138).

D. Hat Jemand weder vorſätzlich noch fahrläſſig gehandelt, ſo liegt Zufall (casus) vor. Auch für den Zufall muß in gewiſſen Verhältniſſen gehaftet werden (279. 287. 848). Wo für Zufall gehaftet wird, tritt aber häufig eine Beſchränkung ein, inſofern, als höhere Gewalt nicht zu vertreten iſt (701). Auch bei der höheren Gewalt handelt es ſich um einen allgemeinen Begriff (203. 1996).

Bei der Begrenzung dieſes Begriffes iſt man von zwei Grundauffaſſungen ausgegangen. Nach der ſubjektiven Theorie iſt Schädigung durch höhere Gewalt gegeben, wenn ſie eintrat, obwohl

[1] Die „grobe Pflichtverletzung“ in 27 und 712 iſt keine Bezeichnung für die Schuldform der groben Fahrläſſigkeit, ſondern eine Bezeichnung der Art, wie ſich die Schuld bemerkbar gemacht haben muß.

Digitized by Google

der Haftende alle Vorkehrungen getroffen hatte, soweit er einen Schaden überhaupt voraussehen konnte. Diese Auffassung läuft darauf hinaus, daß dem Verpflichteten eine ungewöhnliche, über die im Verkehr übliche hinausgehende Sorgfalt auferlegt und entsprechend eine Haftung für culpa levissima statuirt wird. Beachtet man aber, daß die Pflicht zur Sorgfalt nicht bloß ungewöhnlich gesteigert, sondern vielmehr thatsächlich unerfüllbar ist, so geräth diese Auffassung auf das Gebiet der Fiktion (fiktive Schuld).

Objektiv versuchte man die Fälle der höheren Gewalt durch wieder sehr verschiedene Charakterisirung des schädigenden Ereignisses selbst abzugrenzen. Höhere Gewalt soll vorliegen bei außergewöhnlicher Wucht und Unberechenbarkeit, bei Unüberwindlichkeit des Ereignisses allein, oder dann, wenn das Ereigniß außerhalb des Betriebes des Haftenden entstand und in diesen mit ungewöhnlicher Energie hineinwirkte, oder dann, wenn dem Ereigniß nur durch Sistirung des Betriebes selbst oder unwirthschaftliche Einrichtung desselben hätte begegnet werden können (relative Unüberwindlichkeit). Auch eine vermittelnde Formulirung ist versucht: höhere Gewalt sei anzunehmen bei äußerlich erkennbarem, unwiderstehlichem Vorgange, dem der geschädigte Gegenstand unter den obwaltenden Umständen nicht entzogen werden konnte, weil dann die Schuldlosigkeit auf der Hand liege. Die Fälle, in denen das Gesetz die Grenze verwerthet, liegen verschieden.

1. Das Gesetz legt gewissen Betriebsunternehmern die Schadensersatzpflicht ohne Rücksicht auf Verschuldung im allgemeinen Interesse auf. Wäre die Haftung unbegrenzt, so würden derartige Betriebe unmöglich sein oder erheblich leiden. Durch die Begrenzung der Haftung soll der an sich erlaubte und im allgemeinen Interesse erwünschte Betrieb ermöglicht und erleichtert werden (701, HGB. § 456, RHaftpflichtgesetz § 1, RPostgesetz § 11)[1]. Die höhere Gewalt begreift hier die Ereignisse, die nur durch Einstellung des Betriebes oder unwirthschaftlichen Betrieb zu vermeiden wären (M. Rümelin).

2. Ganz anders liegt es in den Fällen 203. 1996, CPO. § 233. Das Gesetz erklärt hier eine Versäumung für entschuldigt, die durch höhere Gewalt herbeigeführt ist. An dieser Säumniß sind auch die Interessen Anderer betheiligt. Hier erscheint es unbillig, daß Rechtsverlust für den Säumigen eintritt, wenn er durch außergewöhnliche

[1] Vgl. Bayer, AG. z. BGB. Art. 58. 59. Sachsen-Altenb., AG. z. BGB. § 37.

Digitized by Google

Ereignisse verhindert war, denen er nicht begegnen konnte, weil nach der Erfahrung Niemand sich ihnen entziehen kann (Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle)[1].

2. Kapitel.

Andere juristische Thatsachen.

§ 62.

Der Irrthum als Thatbestandsmoment[2].

I. In verschiedener Richtung ist rechtserheblich, ob eine Person von gewissen Thatsachen die richtige oder falsche Vorstellung hatte. Die Bedeutung des Irrthumes für die Folgen des rechtsgeschäftlichen Handelns ist Bd. I, § 52. 53 behandelt. Darüber hinaus kommt der Irrthum als Element des Thatbestandes in Betracht.

A. Er ist Voraussetzung des Eintrittes einer Rechtsfolge (positive Bedeutung), z. B. Voraussetzung der Rückforderung

[1] Vgl. aus der neueren Litteratur: Engelmann, Die custodiae praestatio (1887); Gerth, Der Begriff der vis major (1890), Stucki, Ueber den Begriff der höheren Gewalt (1890); Unger, Jahrb. f. Dogm., Bd. 30 (1891), S. 417; Gelpke, Jur. Tag 22, Bd. 1 (1892), S. 348 ff. v. Schey, Jur. Tag 22, Bd. 2 (1892), S. 41 ff. Baron, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 78 (1892), S. 203 ff. Hollander, Vis major als Schranke der Haftung ꝛc. (1892). Stammler, Sächs. Arch., Bd. 3 (1893), S. 65 ff. Jur. Tag 22, Bd. 4 (1893), S. 104 ff. Baron, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 81 (1893), S. 177 ff. Stintzing, ebenda, S. 427 ff. Schneider, Zeitschr. f. d. ges. Handelsr., Bd. 44 (1895), S. 75 ff. 341 ff. Rümelin, Der Zufall im Recht (Rede, 1896), S. 25 ff. Fischer, Jahrb. f. Dogm., Bd. 37 (1897), S. 199 ff. Endemann I (1899), § 115. Cosack I, § 72.

[2] Materialien: M. I. S. 281. P. I. S. 188.

Litteratur: 1888: Hölder, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 73, S. 134 ff. Zródlowski, Kodifikationsfragen, S. 36 f. Schilling, Aphorismen, S. 56. 1889: Jacoby, Annalen des d. Reichs, S. 671. Menger, Arch. f. sociale Gesetzgebung und Statistik, Bd. 2, S. 14. v. Liszt, Beitr., H. 5, S. 14, Anm. 5. 1890: Gebhart, GA., S. 261. Rocholl, Vorschläge, S. 68. Zitelmann, Beitr., H. 9/10, S. 140. 181. 1893: Regelsberger I, § 128. 1894: Adler, Jahrb. f. Dogm., Bd. 33, S. 149 ff. 1897: Hellmann, Vorträge über d. BGB., § 25. 1898: Kuhlenbeck, Von den Pandekten I, S. 415 ff. Weyl, Arch. f. bürg. R. Bd. 14, S. 102 ff. 1899: Endemann I, § 72. Cosack I, § 71.

Digitized by Google

nicht geschuldeter Leistung (814), auch bei der Rückforderung wegen Nichteintrittes des Erfolges (815), des Anspruches wegen Mängel beim Kauf (460) und überall da, wo guter Glaube Voraussetzung des Rechtserwerbes ist (932. 990. 1032. 1207. 955. 937. 2024).

B. oder der Irrthum verhindert den Eintritt einer Rechtsfolge, wenn ein Element ihres Thatbestandes das Wissen ist (negative Bedeutung). So z. B. ist Arglist durch Irrthum ausgeschlossen und folgeweise der Anspruch wegen Arglist; oder der Lauf einer Frist kann nicht beginnen, solange die geforderte Kenntniß nicht vorhanden ist (124, Abs. 2).

II. Irrthum (Falschwissen) und Nichtwissen (ignorantia) stehen sich in diesen Fällen durchaus gleich. Auch dem Irrenden fehlt die richtige Vorstellung.

III. Wo eine Kenntniß gewisser Umstände rechtserheblich ist, wird dem Kennen oft das Kennenmüssen [1], d. h. diejenige Unkenntniß gleichgestellt, die auf Fahrlässigkeit (68. 122, Abs. 2), oder nur diejenige, welche auf grober Fahrlässigkeit beruht (460. 539. 651. 524). Der gute Glaube wird durch Irrthum ausgeschlossen, der auf grober Fahrlässigkeit beruht, außer wenn er sich auf den öffentlichen Glauben des Grundbuches stützt (892). Mitunter aber entscheidet lediglich die Kenntniß, sodaß es nicht darauf ankommt, ob der Betreffende, der sich in Unkenntniß befindet, entschuldbarer Weise sich in derselben befand (892. 937. 955. 973. 990. 2024. 121. 179. 370. 439. 464 ꝛc.). So auch bei Arglist, da diese nur bei Kenntniß denkbar ist.

Wo es auf die Unentschuldbarkeit des Irrthumes ankommt, ist nicht etwa der Rechtsirrthum von vornherein unentschuldbar, sondern er kann auch entschuldbar sein. Umgekehrt ist der Irrthum über Thatsachen keineswegs präsumtiv entschuldbar.

§ 63.

Die Zeit [2].

I. Die rechtliche Bedeutung der Zeit ist eine verschiedene: Anfang und Ende der rechtlichen Wirkung kann an eine Zeit geknüpft sein (Befristung); die rechtliche Bedeutung einer Handlung

---

[1] Das fahrlässige Nichtwissen wird durch „Kennenmüssen" im BGB. bezeichnet. Diese Terminologie ist in 122, Abs. 2 als solche gekennzeichnet.

[2] Materialien: M. I. S. 282 ff. P. I. S. 188 ff. 310. VI, S. 138 f. BRK. S. 49 f.

Litteratur: 1888: Hölder, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 73, S. 136 ff. Schilling, Aphorismen, S. 56 f. 1889:

Digitized by Google

hängt davon ab, ob sie an einem bestimmten Zeitpunkt oder innerhalb einer bestimmten Frist vorgenommen wird (Ausschlußfrist); die Dauer thatsächlicher Zustände wirkt rechtsbegründend oder rechtsaufhebend (Ersitzung, Verjährung).

II. Die Bestimmung des zeitlichen Elementes erfolgt durch Gesetz, richterliche Verfügung oder Rechtsgeschäft. Sie ist entweder inhaltlich Zeitpunkt (Termin) oder Zeitraum (Frist). Zeitpunkt und Zeitraum können unmittelbar im Anschluß an den Kalender bestimmt werden (Kalendertermin, Kalenderfrist), sie können aber auch durch Anknüpfung an beliebige Ereignisse bestimmt sein, indem von diesem Ereignisse an ein Zeitraum in abstrakter Maßbestimmung, in Jahren, Monaten, Wochen, Tagen erstreckt wird (bewegliche Zeit z. B. 3 Monate a dato oder nach Sicht; Eintritt der Großjährigkeit nach Verlauf von 21 Jahren nach Geburt; Anfechtung innerhalb eines Jahres seit Kenntniß).

III. Für die Berechnung der Kalenderzeit bedarf es weiterer Vorschriften nicht, wohl aber für die bewegliche Zeit. Hier stellt das BGB. Auslegungsregeln auf (186—193)[1].

A. Grundsätzlich findet die Civilkomputation Anwendung, d. h. die feste Zeiteinheit des Kalendertages, der mit der Mitternacht beginnt und mit der folgenden aufhört, wird zu Grunde gelegt. Eine Frist beginnt also immer mit dem Beginn eines Tages und läuft ab mit dem Ende eines solchen.

Die Naturalkomputation (a momento ad momentum computare) ergiebt sich in rechtsgeschäftlich bestimmten Fristen dann von selbst als gewollt, wenn es sich um Stundenfristen handelt, die kürzer sind als ein Tag, und sie ist im Zweifel gewollt, wenn es sich um kurze Fristen handelt, die in Stunden ausgedrückt sind (24. 2 × 24. 48 Stunden).

Gierke, Der Entwurf, S. 172 f. Bekker, System II, S. 31 ff. 1890: Rocholl, Vorschläge, S. 70. 1891: Hölder, Pandekten I, §§ 37. 38. 1892: Bähr, Gegenentwurf, S. 35. Jakubezky, Bemerkungen S. 36. 1893: Regelsberger I, §§ 124—127. Cretschmar: Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 81, S. 165 f. 1895: Kuhlenbeck, Rechtsprechung I, S. 365 ff. 1897: Hellmann, Vorträge über d. BGB., § 29. Bunsen I, § 35. 1898: Börner, Sächs. Arch., Bd. 8, S. 134 f. Leske, § 35. Goldmann-Lilienthal, S. 62 ff. Weyl I, § 59. 1899: Endemann I, § 59. Cosack I, § 73. Krückmann, § 161. v. Buchka, § 7.

[1] Sachsen-Weim. AG. z. BGB. § 20.

Digitized by Google

B. Für die Civilkomputation ergeben sich mehrere Fragen:

1. Welches ist der erste Tag der Frist? (187).

a. Derjenige Tag ist der erste, der auf den Tag folgt, in den das maßgebende Ereigniß oder der maßgebende Zeitpunkt fällt.

b. Ist dagegen der Beginn eines Tages der für den Anfang der Frist maßgebende Zeitpunkt, so wird dieser Tag bei der Berechnung der Frist mitgerechnet, so z. B. die Frist für die Gültigkeit der Eisenbahnretourbillete. Ebenso soll bei Berechnung des Lebensalters der Tag der Geburt mit eingerechnet werden. Sollen z. B. alle Personen, die im Kalenderjahre 1900 25 Jahre alt werden, ermittelt werden, so sind das alle Personen, die im Jahre 1875, auch am 31. Dezember dieses Jahres, geboren sind, nicht die am 31. Dezember 1874 Geborenen.

2. Welches ist der letzte Tag, und in welchem Moment des letzten Tages ist die Frist abgelaufen?

a. Bei einer nach Tagen bestimmten Frist ergiebt sich der letzte Tag durch Zählung. Die Frist endigt mit dem Ablauf des letzten Tages der Frist (188, Abs. 1);

b. ist die Frist in Wochen, Monaten, als Vierteljahr oder Halbjahr oder in Jahren bestimmt, so ergiebt sich der letzte Tag durch Rechnen a dato ad datum. Im Falle Z. 1 a ist die Frist also beendigt, wenn der Tag, der das entsprechende Datum darstellt, abgelaufen ist, im Falle Z. 1 b. wenn der diesem vorhergehende Tag abgelaufen ist (188, Abs. 2).

α. Fehlt bei einer nach Monaten bestimmten Frist in dem letzten Monat der entsprechende Tag, so kommt der letzte Tag in Betracht (188, Abs. 3);

β. ein halbes Jahr ist = 6 Monat, ein Vierteljahr = 3 Monat, ein halber Monat = 15 Tagen (189, Abs. 1), während bei der „Woche" oder „acht Tagen" die Auslegung eine freie ist, vgl. HGB. § 359, Abs. 2;

γ. ist die Frist in einem oder mehreren ganzen und einem halben Monat (z. B. 3½ Monat) bestimmt, so ist der halbe Monat zuletzt zu zählen (189, Abs. 1).

c. Wird eine abgelaufene oder im Laufe begriffene Frist verlängert, so wird die Zusatzfrist von dem Ablaufe der erstbestimmten Frist an berechnet (190). Dagegen entscheidet die Auslegung, wenn Aufhebung der alten laufenden Frist und Setzung einer neuen oder Verlängerung einer laufenden Frist unter Einrechnung des ab-

Digitized by Google

gelaufenen Zeitraumes oder Bewilligung einer neuen Frist nach Ablauf der erst gesetzten vorliegt.

d. Die Rechnung a dato ad datum kann ausgeschlossen sein. Das ist namentlich dann der Fall, wenn die Frist nicht als eine von einem bestimmten Anfangstage ununterbrochen verlaufende gedacht ist, sondern sich auch aus nicht nothwendig auf einander folgenden Tagen und Tagemehrheiten zusammensetzen kann, z. B. ein Geschäftsreisender ist verpflichtet, 3 Monate für den Prinzipal zu reisen. Hier ist an abstrakte Zeiträume gedacht, wenn Jahr oder Monat zur Bezeichnung der Frist gewählt sind. Die Parteien können auch, von diesem Falle abgesehen, solche abstrakte Bezeichnung und Berechnung wählen. Das Jahr bezeichnet dann einen Zeitabschnitt von 365 Tagen, der Monat einen solchen von 30 Tagen (191).

C. Bei Terminen, die auf Anfang, Mitte, Ende des Monates gestellt sind, ist der erste, fünfzehnte, letzte Tag des Monates verstanden (192).

IV. Ob alle Tage einer natürlichen Zeitstrecke in die Frist einzurechnen sind, oder nur diejenigen, an denen die Handlung von dem Handlungspflichtigen vorgenommen werden konnte, hängt von der die Frist setzenden Bestimmung ab (vgl. tempus utile, continuum). Das BGB. kennt derartige Bestimmungen nicht. Die Parteien können aber bei rechtsgeschäftlich gesetzten Fristen Berücksichtigung nur der dies utiles anordnen und natürlich auch bestimmen, welche Umstände einen Tag zum dies inutilis machen.

Nur verwandt hiermit, aber keineswegs auf der Rücksicht auf die Person des Handlungspflichtigen beruhend, ist die Behandlung der Sonn- und Feiertage im modernen Recht[1], dem sich die Bestimmung in 193 anschließt: Ist eine Willenserklärung oder eine Leistung an einem bestimmten Tage oder innerhalb einer Frist abzugeben bez. zu bewirken, und fällt dieser Tag oder das Ende der Frist auf einen Sonntag oder einen am Erklärungs- oder Leistungsorte nach Landesrecht[2] anerkannten allgemeinen Feiertag, so ist der nächstfolgende Werktag maßgebend.

Daß gewisse Fristen (121. 852) erst beginnen mit einer bei einer bestimmten Person vorhandenen Kenntniß (sog. tempus utile ratione initii), gehört nur insofern hierher, als sich auch darin eine

[1] CPO. §§ 188. 216. 222. 761. WO. Art. 41. 92.

[2] Mecklenb. (-Schwer.-Strel.) AV. z. BGB. § 3. Hamburg AG. z. BGB. § 22. Braunschwg. AG. z. BGB. § 15. Sachsen-Weim. AG. z. BGB. § 3. Hess. AG. z. BGB. Art. 18. Sachs., AV. z. BGB. § 8.

Digitized by Google

Rücksicht auf die Person des Handlungspflichtigen ausspricht, ebenso wie in der Vorschrift in 203 (vgl. Bd. I, § 61).

V. Die unvordenkliche Zeit (praescriptio immemorialis) gehört dem dem Landesrecht vorbehaltenen Gebiete an[1].

§ 64.

Anspruchsverjährung und Ausschlußfrist[2].

Der Gedanke, daß ein längere Zeit währender Zustand der Anfechtung für die Zukunft entrückt werden muß, hat in den Instituten der Verjährung und der gesetzlichen Befristung Ausdruck gefunden. Die Verjährung ist eine erwerbende in der Ersitzung, eine löschende

[1] Mecklenb.-Schwer. AV. z. BGB. § 33. Mecklenb.-Strel. AV. z. BGB. § 32.

[2] Materialien: M. I. S. 288 ff. P. I. S. 194 ff. 244. II, S. 518. VI, S. 139 ff. 150. 227. 264 f. 383 f. 759. D. S. 31 ff. BRR. S. 51 ff.

Litteratur: 1888: Schilling, Aphorismen, S. 57 ff. Hölder, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 73, S. 79. 141 ff. Wach, Der Feststellungsanspruch, S. 20. 33. 63. Zródlowski, Kodifikationsfragen, S. 78 ff. 82 ff. 87. Hartmann, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 73, S. 325 ff. 347. 349. 1889: Bähr, Jur. Tag 20, Bd. 1, S. 285 ff. Hölder, ebenda, S. 267, Anm. 4. Hanausek, ebenda, S. 306 ff. Jur. Tag 20, Bd. 4, S. 31 ff. 413 ff. Jacoby, Annalen des d. Reichs, S. 671 ff. Gierke, Der Entw., S. 40 ff. 174 ff. Planck, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 75, S. 387 ff. Thon, Jahrb. f. Dogm., Bd. 28, S. 68 ff. Ihering, Der Besitzwille, S. 520 ff. Fischer, Beiträge, H. 6, S. 64 ff. 117 ff. Meischeider, Beitr., H. 3, S. 66. Krech, Beitr., H. 14, S. 38 f. Seuffert, Beitr., H. 11, S. 77, Anm. 50. Gierke, Beitr., H. 18, S. 9. Bekker, System II, S. 40 f. 251. 1890: Jacoby, Zeitschr. f. d. Priv.- u. öff. R., Bd. 17, S. 169 ff. Reinhold, Gruch. Beitr., Bd. 34, S. 544 ff. Lehmann, GA., S. 97 ff. Meyer, GA., S. 945 ff. Klöppel, GA., S. 826 f. Horwitz, GA., 577 ff. Linkelmann, GA., S. 48 ff. Rieß, GA., S. 659, Anm. 15. Reatz, GA., S. 1280 ff. Rocholl, Vorschläge, S. 70 ff. Stolterfoth, Beitr., S. 67. 1891: Leonhard, Zeitschr. f. d. Civ.-Proz., Bd. 15, S. 327 ff. Hölder, Pand. I, § 63. Brettner, Arch. f. bürg. R., Bd. 5, S. 58 ff. 1892: Bähr, Gegenentw., S. 35 ff. Jakubezky, Bemerkungen S. 36 ff. 1893: Cretschmar, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 81, S. 167 ff. Hölder, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 80, S. 48 ff. Regelsberger I, §§ 181—187. 1895: Kuhlenbeck, Rechtsprechung I. S. 379 ff. 395 ff. 1896: Hölder, Arch. f. bürg. R., Bd. 11, S. 217 ff. Eck, Allgemeiner Theil, § 8. 1897: Meisel, Arch. f. prakt. Rechtswissensch., 3. F., Bd. 7, S. 258 ff. Farnbacher, Bl. für Rechtsanwendung, Ergänzungsband 15, S. 405 f. Hellmann, Vorträge über d. BGB., § 34. Bunsen I, § 36. Trost, Fristen und Verjährungen nach dem BGB. 1898: Börner, Sächs. Arch., Bd. 8, S. 135 ff. Hachenburg, Das BGB., S. 47 ff. Leske, §§ 36—38. Kuhlenbeck, Von den Pandekten I, S. 561 ff. Weyl I, § 60. 1899: Endemann I, §§ 90—93.

Digitized by Google

in der Anspruchsverjährung. Der letzteren tritt sehr nahe die gesetzliche Befristung der Rechte[1].

I. Die Anspruchsverjährung[2].

Ansprüche erlöschen, wenn Derjenige, dem sie zustehen, sie während bestimmter Zeit nicht ausübt. Die Voraussetzungen sind daher der Anspruch und die Nichtausübung während der Verjährungszeit. Guten Glauben Dessen, gegen den der Anspruch sich richtet, verlangt das Gesetz nicht. Dies ist auch der Standpunkt des römischen, nicht aber des kanonischen und gemeinen Rechtes. Die Voraussetzungen werden also vom BGB. wieder lediglich dem Verhalten des Anspruchsberechtigten entnommen[3].

A. Gegenstand der Verjährung sind nur Ansprüche (194, Abs. 1). Ueber den Begriff des Anspruches vgl. Bd. I, § 17, III. Die Durchsetzung des Anspruches erfolgt im Wege der Klage oder der Vertheidigung (Zurückbehaltung, Aufrechnung ꝛc.). Nur wenn der Anspruch im Wege der Klage verfolgt werden kann, sind Ansprüche im Sinne der Verjährungsvorschriften gegeben.

1. Daher sind von selbst diejenigen Rechte der Verjährung nicht ausgesetzt, aus denen Ansprüche nicht hervorgehen:

a. Das Recht auf Feststellung erzeugt zwar die Feststellungsklage, nicht aber einen materiellen Anspruch, weil der Feststellungsberechtigte nicht eine Leistung vom Gegner verlangen kann. Dahin gehört auch die Klage auf Nichtigkeit der Ehe (1329, CPO. § 632.). Die Feststellungsklage kann auch erhoben werden zur Feststellung eines Anspruches, und ist dieser verjährt, so ist auch die Feststellungsklage ausgeschlossen, nicht aber, weil sie selbst verjährt wäre, sondern weil es an dem Feststellungsinteresse fehlt.

b. Den Feststellungsklagen am nächsten stehen die Klagen, mit denen lediglich die Aufhebung oder Begründung von Rechtsverhältnissen vom Richter begehrt wird, nicht die Verurtheilung des Beklagten zu einer Leistung. Auch hier liegt der Klage ein Recht, aber kein Anspruch zu Grunde, z. B. Ehescheidungsklagen (1564), Klagen

---

Goldmann-Lilienthal, Das BGB. S. 394 ff. Cosack I, §§ 74. 75. Krückmann, § 161. v. Buchka, § 8. Habicht, Die Einwirkung des BGB. auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse, S. 110 ff. Schepp, Das öffentl. Recht im BGB. S. 29 ff.

[1] Ueber den Grundgedanken der beiden Institute vgl. auch Ehrenzweig, Zeitschr. f. d. Priv.- u. öff. R. Bd. 15 (1898) S. 296 f.

[2] Sachsen-Weim. AG. z. BGB. §§ 21—25. Bad. AG. z. BGB. Art. 7. Württemb. AG. z. BGB. Art. 141. Hess. AG. z. BGB. Art. 19—22.

[3] Vgl. Horn, Die bona fides bei der Klagenverjährung (1899).

Digitized by Google

auf Aufhebung der Gütergemeinschaften (z. B. 1468. 1495. 1469. 1549), auf Aufhebung der ehemännlichen Verwaltung und Nutznießung (1418), auf Erbunwürdigkeitserklärung (2342), auf Aufhebung einer Entmündigung (CPO. §§ 664 ff. 684), auf Bestimmung der Vertragsleistung (315. 319).

c. Auch dem Anfechtungs- und Aufrechnungsrecht entsprechen keine Ansprüche, wiewohl das Anfechtungsrecht ausnahmsweise (1341) durch Klage geltend gemacht wird.

2. Die Regel der Verjährbarkeit der Ansprüche erleidet aber weiter positive Ausnahmen. Unverjährbar sind:

a. der Anspruch auf Aufhebung der Gemeinschaft (758. 2042, Abs. 2);

b. die Ansprüche aus eingetragenen Rechten, soweit sie nicht auf Rückstände aus wiederkehrenden Leistungen und auf Schadensersatz gehen (902), und mit Ausnahme des konfessorischen Anspruches in 1028;

c. der Anspruch auf Berichtigung des Grundbuches (898. 1138);

d. die nachbarrechtlichen Ansprüche in 924;

e. die Ansprüche des Familienrechtes, welche die Herstellung des dem familienrechtlichen Verhältnisse entsprechenden Zustandes für die Zukunft bezwecken (194, Abs. 2). Dahin gehört z. B. der Anspruch auf Herstellung der ehelichen Gemeinschaft (1353), des Ehemannes und der Eltern auf häusliche Dienste (1356. 1617), der Eheleute auf Bestreitung des ehelichen Aufwandes (1427), des Vormundes auf Herausgabe des Mündels (1800. 1897)[1]. Dagegen fallen nicht unter die Ausnahme und unterliegen der Verjährung die Ansprüche aus dem Verlöbniß bei Auflösung (1298—1302), der Anspruch auf Rückgabe der Geschenke nach Ehescheidung (1584), der Mutter des unehelichen Kindes gegen den Vater (1715), der Tochter auf Aussteuer (1620. 1623).

f. Der Verjährung unterliegen nicht die Unterhaltsansprüche nach dem Gesichtspunkte unter e., oder aus dem Grunde, weil sie, solange das Grundverhältniß besteht, sich stets erneuern. Anders liegt es bei den Unterhaltsansprüchen, mit denen Unterhalt für die Vergangenheit verlangt wird (1601 ff. 1360. 1578. 1963).

B. Der Beginn des Verjährungslaufes.

Die Verjährung nimmt ihren Anfang mit der Entstehung des Anspruches (198); bei den Ansprüchen auf Unterlassung (auch im

[1] Ohne Interesse sind hier die Ansprüche, welche aus Familienverhältnissen entspringen, die an sich schon zeitlich beschränkter sind, als die Ansprüche nach 195 sein würden (1632. 1686, vgl. 1626).

Digitized by Google

Falle 1004) ist der Beginn erst mit der Zuwiderhandlung gegeben, also, nachdem der Anspruch auf Wiederherstellung und Schadensersatz an die Stelle des bloßen Anspruches auf Unterlassung getreten ist[1]. Rechtsverletzung ist zur Entstehung des Anspruches weder als Regirung noch als thatsächlicher Eingriff in das Recht erforderlich. Der Anspruch aus absoluten Rechten (dingliche Rechte, Urheberrechte ꝛc.) entsteht, sobald durch einen Andern ein thatsächlicher, dem Rechte nicht entsprechender Zustand aufrechterhalten wird. Der Anspruch des Eigenthümers auf Herausgabe verjährt daher, auch wenn der Andere mit Willen und im Namen des Eigenthümers die Sache innehat. Persönliche Ansprüche sind entstanden und beginnen zu verjähren, sobald das Recht entstanden ist, auf welchem sie beruhen. Immer kommt es also nur darauf an, daß die rechtliche Möglichkeit der Anforderung vorliegt, mag auch die sofortige Befriedigung nicht erwartet oder die Befriedigung auf unbestimmte Zeit hinausgeschoben sein. Der Anspruch auf Rückgabe gegen den Verwahrer beginnt somit zu verjähren mit der Hingabe der Sache, auch wenn der Verwahrer nicht vor einem bestimmten Zeitpunkt zurückgeben darf. Nicht erforderlich ist ferner für den Beginn der Verjährung, daß Veranlassung zur Klage ꝛc. vorliegt. Dieser Regel entspricht es, daß die Verjährung bedingter und betagter Ansprüche mit dem Eintritt der Bedingung und des Termines eintritt.

In einer Reihe von Fällen wird aber der Beginn der Verjährung über den Zeitpunkt der Entstehung des Anspruches hinausgeschoben, in anderen Fällen liegt er vor diesem Zeitpunkt:

1. Nach der Entstehung des Anspruches beginnt die Verjährung in folgenden Fällen:

a. Nach der generellen Bestimmung in 201, Satz 1, beginnt die Verjährung der einer kurzen Frist von 2—4 Jahren unterworfenen Ansprüche in 196. 197 immer erst mit dem Schlusse des Jahres, in dem der regelmäßige Beginn der Verjährung liegen würde.

b. In anderen Fällen beginnt die Verjährung erst mit Ablauf einer bestimmten Frist (490. 801, Abs. 1. 1715, Abs. 3) oder mit dem Eintritt bestimmter Thatsachen nach Entstehung des An-

[1] Nimmt man Ansprüche auf Unterlassung an, so ist der Beginn der Verjährung jedenfalls über die Entstehung des Anspruches hinausverlegt; nimmt man dagegen Ansprüche auf Unterlassung nicht an, so besagt 198, Satz 2, daß der mit der Zuwiderhandlung entstehende Anspruch auf Schadensersatz bez. Wiederherstellung der Regel gemäß mit der Entstehung zu verjähren beginnt.

Digitized by Google

spruches; diese Thatsachen sind Ablieferung, Rückempfang, Endigung des Rechtsverhältnisses, Abnahme, Kenntniß, Anfall der Erbschaft (477. 480. 558, Abs. 2. 1057. 1226. 638. 852. 1302. 2287. 2332).

2. Vor Entstehung des Anspruches beginnt die Verjährung, wenn die bloße Erklärung des Berechtigten den Anspruch zur Entstehung bringen kann, und zwar mit dem Moment, in welchem für den Berechtigten diese Möglichkeit gegeben ist. Dieses Prinzip (toties praescribitur actioni nondum natae, quoties nativitas est in potestate creditoris) ist aber mit Recht nur beschränkt anerkannt[1]:

a. Kann der Berechtigte erst nach Kündigung Leistung verlangen, so beginnt die Verjährung mit dem Zeitpunkt, in dem die Kündigung zulässig ist; und ist die Kündigung eine befristete, mit Ablauf der Kündigungsfrist seit dem Zeitpunkt der Zulässigkeit der Kündigung (199)[2].

b. Wenn der Anspruch des Berechtigten von einer Anfechtung seinerseits abhängt (812. 124), so läuft die Verjährung schon von dem Zeitpunkt der Zulässigkeit der Anfechtung an, aber nicht, wenn es sich um die Anfechtung familienrechtlicher Verhältnisse handelt (200, vgl. 201, Satz 1).

C. Der Ablauf der Verjährungszeit.

1. Die Verjährungszeit.

Die regelmäßige Verjährungszeit beträgt 30 Jahre (195). In zahlreichen Fällen, die theils allgemein in 196. 197[3] zusammengefaßt, theils besonders festgestellt sind, treten kürzere Fristen von sechs Wochen bis zu fünf Jahren ein (z. B. 490, Abs. 1, 480, Abs. 1, 477, Abs. 1. 1623. 1302. 852. 1715, Abs. 3. 638)[4]. In einigen Fällen kürzerer Verjährung kommt neben dieser die regelmäßige Verjährungszeit in Anwendung (852. 2332), und in allen Fällen verkürzter Verjährung tritt solche in 30 Jahren ein, wenn die Ansprüche rechtskräftig festgestellt oder durch Vorbehaltsurtheil, Schiedsspruch, Urtheil des Verwaltungsgerichtes oder Spruch der Ver-

[1] A.M. Rehbein, S. 305.

[2] Immerwahr, Die Kündigung (1898) S. 93 ff.

[3] Die kurze Verjährung findet auch Anwendung, wenn sich der Anspruch in den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung umsetzt. Hierüber und über andere Fragen der kurzen Verjährung vgl. Joseph, Gruch. Beitr., Bd. 42 (1898), S. 1 ff. Mantey, ebenda S. 545 ff.

[4] Preuß. AV. z. BGB. Art. 8. Mecklenb.-Schwer. AV. z. BGB. § 32. Mecklenb.-Strel. AV. z. BGB. § 31. Sachsen-Altenb. AG. z. BGB. §§ 16. 19. Sachsen-Weim. AG. z. BGB. §§ 22—25. Anhalt AG. z. BGB. Art. 9. Braunschwg. AG. z. BGB. §§ 16—19.

Digitized by Google

waltungsbehörde anerkannt sind, oder durch Anerkennung in vollstreckbaren Vergleichen, Urkunden oder im Konkurse die Vollstreckbarkeit erlangt haben. Soweit diese Feststellungen sich auf regelmäßig wiederkehrende, erst künftig fällig werdende Leistungen beziehen, bleibt die kürzere Frist maßgebend (218. 219. 220).

2. Die Hindernisse der Verjährung.

a. Die Hemmung. Gewisse Umstände haben die Bedeutung für den Ablauf der Verjährung, daß ihre an sich in die Verjährungszeit fallende Zeitdauer nicht in die Verjährungszeit eingerechnet wird (205). Hemmungsgründe sind:

α. Der Umstand, daß der Geltendmachung des Anspruches zeitweilig ein Verweigerungsrecht des Verpflichteten einredeweise (dilatorische Einrede) entgegengestellt werden kann, z. B. die Einrede der Stundung, ferner die Einrede aus 986. 1100. 2059. Die hemmende Wirkung ist aber ausdrücklich entzogen der Einrede aus dem Retentionsrecht (z. B. 273 f.), des nicht erfüllten Vertrages (z. B. 320 ff.), der mangelnden Sicherheit (z. B. 258), der Vorausklage (771 ff.), des Bürgen aus 770, des Erben aus 2014. 2015 und der Einrede aus 2332 (202).

β. Stillstand der Rechtspflege oder höhere Gewalt, die während der letzten sechs Monate der Verjährungsfrist den Berechtigten an der Rechtsverfolgung gehindert haben (203).

γ. Die Verjährung aller Ansprüche zwischen Ehegatten ist während der Dauer der (wenngleich nichtigen oder anfechtbaren) Ehe[1], die der Ansprüche zwischen Eltern und Kindern während der Dauer der Minderjährigkeit der Kinder, und die der Ansprüche zwischen Vormund (Gegenvormund, Pfleger, Beistand) und Mündel während der Dauer der Vormundschaft gehemmt (204).

δ. Besondere Hemmungsgründe enthalten: 639 und 802, vgl. HGB. § 470.

b. Die qualifizirte Hemmung (206. 207). Das Eigenartige liegt hier darin, daß, solange gewisse Umstände dauern, eine an sich abgelaufene Verjährung nicht abläuft, sondern erst dann, wenn nach Beseitigung des Hinderungsgrundes eine bestimmte Frist verstrichen ist. Eine solche Behandlung tritt ein:

α. Wenn der Berechtigte eine geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person ist und keinen gesetzlichen Vertreter hat, soweit nicht etwa die Person trotz beschränkter Geschäftsfähigkeit

[1] Hölder, Komment. S. 432. A. M. Planck, S. 255.

Digitized by Google

prozeßfähig ist (CPO. § 52). Diese Umstände hemmen die Verjährung nicht (a.), sondern die Verjährung kann sich nur nicht eher vollenden, bevor nicht sechs Monate nach Eintritt der Geschäftsfähigkeit oder der gesetzlichen Vertretung verstrichen sind. An die Stelle der sechs Monate tritt die Verjährungsfrist selbst, wenn sie kürzer ist als sechs Monate (206).

β. Bei den Ansprüchen, die zu einem Nachlaß gehören oder sich gegen einen Nachlaß richten, kann sich entsprechend die Verjährung erst dann vollenden, wenn nach Annahme der Erbschaft durch den Erben oder nach Eröffnung des Konkurses über den Nachlaß oder nach dem Zeitpunkt, von welchem an der Anspruch von einem Vertreter oder gegen einen solchen (Nachlaßpfleger, Testamentsvollstrecker, Abwesenheitspfleger) geltend gemacht werden kann, sechs Monate oder bei Verjährungsfristen, die kürzer als sechs Monate sind, diese Verjährungsfrist selbst verstrichen ist (207).

c. Die Unterbrechung der Verjährung hat die Bedeutung, daß die bis zum wirksamen Eingreifen des Unterbrechungsgrundes abgelaufene Verjährungsfrist nicht in Betracht kommt und daß erst nach Beseitigung und Fortfall des Unterbrechungsgrundes eine neue Verjährung beginnen kann (217). Als Unterbrechungsgründe wirken:

α. Jede Willenserklärung des Verpflichteten, welche die Anerkennung des Anspruches dem Berechtigten gegenüber bezweckt (Abschlagszahlung, Zinsleistung, Sicherheitsleistung, vertragsmäßige oder nichtvertragsmäßige, formelle oder formlose) (208), nicht aber jeglicher Akt, der das Bewußtsein von der Existenz des Anspruches zum Ausdruck bringt (Bitte um Schulderlaß)[1].

β. Die gerichtliche oder eine dieser gleichstehende Geltendmachung des Anspruches. In erster Linie steht die Erhebung der Klage, auch vor einem unzuständigen Gericht (212). Klagerhebung liegt in der Anstellung der Leistungsklage, der Feststellungsklage, der Klage auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel oder auf Erlassung des Vollstreckungsurtheiles (CPO. §§ 722. 731. 1042).

Der Erhebung der Klage stehen eine Reihe anderer prozessualer Handlungen gleich: die Zustellung des Zahlungsbefehles im Mahnverfahren, die Anmeldung des Anspruches im Konkurse, die Geltendmachung durch Aufrechnung im Prozesse, die Streitverkündung in dem Prozesse, von dessen Ausgange der Anspruch abhängt, die Vornahme einer Vollstreckungshandlung bez. die Stellung des Antrages auf gerichtliche oder behördliche Zwangsvollstreckung

[1] Hölder, Komment. S. 435 f. A. M. Planck, S. 259.

Digitized by Google

(209) und auch der Antrag auf Sicherung des Beweises (477. 480. 490. 639. 651).

An Stelle der Klagerhebung und der ihr gleichgestellten prozessualen Handlungen genügt unter bestimmten Voraussetzungen ein Gesuch an Behörden oder Gericht (210).

Ist schiedsgerichtliche Entscheidung angerufen, so steht der gerichtlichen Klagerhebung die Geltendmachung vor dem Schiedsgericht oder in gewissen Fällen die Vornahme derjenigen Handlungen durch den Berechtigten gleich, die zur Erledigung der Sache durch Schiedsspruch erforderlich sind (220).

Bei Ansprüchen, die vor besondere Gerichte, Verwaltungsgerichte oder Verwaltungsbehörden gehören, vertritt die Stelle der Klagerhebung der in diesen Fällen zur Geltendmachung des Anspruches erforderliche analoge Akt (220, Abs. 1).

Nicht unterbrechend wirken demnach die reinen Parteiakte zum Zwecke der Rechtsverfolgung, z. B. Mahnung, Verwahrungen, Selbsthülfeakte (230), die Benachrichtigung nach CPO. § 848 und der Abschluß des Schiedsvertrages, ferner auch nicht gerichtliche Akte wie Arrest und einstweilige Verfügung[1].

γ. Eine an sich eingetretene Unterbrechung verliert in mehreren Fällen ihre Wirksamkeit so, als wenn sie garnicht eingetreten wäre. Das ist der Fall bei Zurücknahme oder Abweisung der Klage durch Urtheil, welches nicht in der Sache selbst entscheidet (z. B. Abweisung wegen prozeßhindernder Einreden, CPO. § 274). Die alte Unterbrechung behält dagegen ihre Wirksamkeit, wenn binnen sechs Monaten von Neuem Klage erhoben wird. Diese sechsmonatige Frist kann gehemmt sein nach α. β. und b. (212).

In ähnlicher Weise wird die Unterbrechung ihrer Wirksamkeit wieder entkleidet, wenn sie durch Zustellung eines Zahlungsbefehles (213), Anmeldung im Konkurse (214), Aufrechnung im Prozeß (215, vgl. 393) oder durch Betreibung der Vollstreckung bewirkt war (216). So liegt es auch in allen Fällen, die der Klagerhebung und der sonstigen ordentlichen Geltendmachung des Anspruches gleichstehen (β. 220, Abs. 1).

δ. Für den Beginn der neuen Verjährung ist entscheidend der Fortfall des Unterbrechungsgrundes. Erst nach diesem kann die neue

[1] Keine Unterbrechung des dinglichen Anspruches tritt beim Besitzwechsel ein, wohl aber Einrechnung der beim Besitzvorgänger verstrichenen Verjährungszeit zu Gunsten des Besitznachfolgers, accessio temporis (221). Vgl. Rehbein, S. 213 ff. Planck zu 221. Hölder, Komment. S. 446 f.

Digitized by Google

Verjährung beginnen. Der Unterbrechungsgrund wirkt nun regelmäßig nach Eintritt eine Zeit lang fort und fällt dann erst weg. Im Falle der Klagerhebung dauert die Unterbrechung fort bis zur rechtskräftigen Entscheidung (219. 220, CPO. § 705) oder anderweiten Erledigung (Vergleich) des Prozesses; und tritt Stillstand des Prozesses in Folge von Parteivereinbarung oder Nichtbetreibung ein, bis zur letzten Prozeßhandlung der Parteien oder des Gerichtes. Die nach diesem Zeitpunkte beginnende neue Verjährung wird dann schon durch jedes Weiterbetreiben des Prozesses (Ladung, Zustellung) unterbrochen (211). In analoger Weise ist Fortdauer der Unterbrechung bei schiedsgerichtlichem Austrag (220), Anmeldung im Konkurse (214), Geltendmachung durch Aufrechnung und bei der Streitverkündung (215) bestimmt.

Die Unterbrechung durch Vornahme einer Vollstreckungshandlung ꝛc. (209, Abs. 2. Z. 5) wirkt dagegen nur momentan. Die neue Verjährung beginnt sofort nach Abschluß des Unterbrechungsaktes.

Eine Mittelstellung nimmt die Unterbrechung durch Zustellung eines Zahlungsbefehles im Mahnverfahren (213) ein. Sie wirkt nur momentan, bewirkt aber die Zustellung des Zahlungsbefehles nach rechtzeitig erfolgtem Widerspruch Rechtshängigkeit (CPO. § 696); oder wird rechtzeitig die Klage erhoben (CPO. § 697), so tritt die Fortdauer der Unterbrechung ein wie im Falle der Klagerhebung (211).

D. Die Wirkung der Verjährung[1].

Die Verjährung berührt den Anspruch in seinem Bestande nicht, noch weniger das Recht, aus dem der Anspruch hervorgeht. Der Verpflichtete gewinnt aber eine peremptorische Einrede gegen den verjährten Anspruch (222, Abs. 1). Mit dem Hauptanspruch ist auch der Anspruch auf Nebenleistungen (Zinsen, Kosten, Schadensersatz), soweit er vom Hauptanspruche abhängig ist, verjährt, auch wenn er für sich nicht verjährt sein würde. Da der Anspruch besteht, so kann das in Kenntniß oder Unkenntniß vom Verpflichteten Geleistete nicht zurückgefordert werden; es liegt Erfüllungsleistung, nicht Schenkung, vor. Der verjährte Anspruch ist ferner hinreichende Grundlage für die vertragsmäßige Anerkennung (781. 782)

[1] Vgl. Heymann, Das Vorschützen der Verjährung. Friedenthal, Einwendung und Einrede. S. 51 ff. Nicht zutreffend ist es, wenn v. Seeler, Arch. f. bürg. R. Bd. 15 (1898) S. 112 f. ausführt, daß wegen des Verweigerungsrechtes eine Leistungspflicht des Schuldners nicht mehr bestehe.

Digitized by Google

und die Sicherheitsleistung (222, Abs. 2). Für den Anspruch bestehende Hypotheken und Pfandrechte gehen nicht durch Verjährung des Anspruches unter. Kann auch nach Verjährung der Berechtigte den Anspruch selbst nicht durchsetzen, so doch den aus der Hypothek und dem Pfandrecht. Die Rechtsübertragung zu Pfandzwecken (fiduziarische Rechtsübertragung) bleibt ebenfalls von Bestand nach Verjährung des so gesicherten Anspruches. Der Fiduziar hat gegen den Anspruch auf Rückgabe das Recht der Zurückbehaltung aus der inneren Abrede. Ist aber der durch Hypothek, Pfandrecht, fiduziarische Uebertragung gesicherte Anspruch auf rückständige Zinsen und andere wiederkehrende Leistungen gerichtet, so besteht nach Verjährung die Sicherung nicht fort (223). Die Wirkung der Verjährung ist schließlich in einigen Fällen noch ganz besonders dadurch abgeschwächt, daß der verjährte Anspruch noch zur Aufrechnung und als peremptorische Einrede verwendet werden kann (390. 478. 479. 490. 639. 651. 821. 853), während regelmäßig die Geltendmachung verjährter Ansprüche im Wege der Einrede ausgeschlossen ist.

E. Da das Verjährungsinstitut im allgemeinen Interesse der Sicherheit des Rechtsverkehres besteht, sind die Verjährungsvorschriften zwingenden Charakters. Die Verjährung kann durch Rechtsgeschäft weder ausgeschlossen noch erschwert werden. Nur eine Erleichterung bestehender Verjährungen, z. B. durch Abkürzung der Verjährungsfrist, ist zulässig, nicht aber die Einführung einer Verjährung für nach dem Gesetz unverjährbare Ansprüche. Ausnahmsweise ist aber eine Verlängerung der Verjährungsfrist durch Parteifestsetzung gestattet (477. 490. 638. 651).

II. Die Ausschlußfristen.

Der der Anspruchsverjährung und der Ausschlußbefristung zu Grunde liegende gemeinsame Gesichtspunkt ist in dem letzteren Institut mit größerer Entschiedenheit und Schroffheit durchgeführt. Die Differenz beider Einrichtungen zeigt sich besonders darin, daß die Ausschlußbefristung gegenständlich weitergreift; sie ist nicht nur auf Ansprüche beschränkt, sondern findet sich auch bei Rechten, z. B. beim Anfechtungsrecht (124). Ferner tritt beim Ablauf der Ausschlußfrist dem Anspruch nicht etwa nur eine peremptorische Einrede entgegen, sondern der Anspruch oder das Recht selbst hören auf. Ein weiterer Unterschied ist nicht mit Entschiedenheit durchgeführt; in einer großen Zahl von Fällen (z. B. 108, Abs. 2. 124, Abs. 3. 148. 177, Absatz 2) soll, dem Wesen einer reinen Befristung entsprechend, weder

Digitized by Google

Unterbrechung noch Hemmung des Fristlaufes in Frage kommen (reine Ausschlußfristen), während in vielen anderen Fällen die Hemmung oder modificirte Hemmung entweder aus denselben Gründen wie bei der Verjährung (z. B. 210. 490, Abs. 2. 1002, Abs. 2 ꝛc.) oder auch aus besonderem Grunde (802) vorgeschrieben ist (gemischte Ausschlußfristen). Dadurch sind wieder beide Institute einander genähert. Die Ausdehnung der Ausschlußfristen schwankt zwischen zwei Tagen (485) und 30 Jahren (z. B. 121, Abs. 2 ꝛc.), sie ist in einigen Anwendungen auch eine unbestimmte, wenn das Gesetz die „unverzügliche" Vornahme eine Handlung ꝛc. vorschreibt (z. B. 147), oder wenn die Frist nach Belieben vom Gericht oder der Behörde (z. B. 976, Abs. 2), oder nach Belieben oder billigem Ermessen von einem Betheiligten (z. B. 148. 542) bestimmt werden soll[1].

§ 65.

Sonstiger Untergang der Rechte und Ansprüche[2].

I. Regelmäßig hat der Tod der Parteien keinen Einfluß auf das Bestehen der Rechte und die daraus entstehenden Ansprüche; sie gehen aktiv und passiv auf die Erben über. Eine Ausnahme machen die höchstpersönlichen Rechte, z. B. das Recht auf Ehescheidung, das Vorkaufsrecht, welches auf die Erben des Berechtigten im Zweifel nicht übergeht (514). Der Auftrag als solcher erlischt im Zweifel mit dem Tode des Beauftragten, nicht des Auftraggebers (672. 673), und der Nießbrauch mit dem Tode des Nießbrauchers (1061), während die auf Grund des bis dahin bestehenden Rechtes erwachsenen Ansprüche fortbestehen. Eine eigenthümliche Stellung nehmen die Unterhaltsansprüche (1360. 1580. 1615) ein. Sie erlöschen i. A. mit dem Tode des Berechtigten und Verpflichteten; der Unterhaltsanspruch des unehelichen Kindes und der Mutter erlischt nicht mit dem Tode des Vaters (1712. 1713. 1715). Sodann gilt Besonderes bei den Genugthuungsansprüchen (actiones vindictam spirantes), durch die der Verletzte für eine persönliche Kränkung eine

[1] Neben Anspruchsverjährung und Befristung tritt noch die objektive zeitliche Fixirung der Thatbestandselemente, z. B. KO. §§ 30—32.

[2] Materialien: M. I. S. 272. 278.

Litteratur: 1891: Hölder, Pandekten I, § 64. 1893: Regelsberger I, § 180. 1897: Hellmann, Vorträge über das BGB., § 34. 1898: Kuhlenbeck, Von den Pandekten I, S. 554 ff. v. Liszt, Die Deliktsobligationen im System d. BGB., S. 10 ff. Cosack I, S. 270.

Digitized by Google

Genugthuung, d. h. billige Entschädigung in Geld verlangt (847. 1300). Diese Ansprüche gehen auf die Erben des Verletzten nicht über, wenn sie nicht bereits vertragsmäßig anerkannt oder rechtshängig geworden sind.

II. Mehrere Ansprüche können auf das identische Ziel gerichtet sein. Entweder ruhen diese auf demselben Thatbestande (z. B. die Schadensersatzklage gegen mehrere Delinquenten aus 830) oder auf verschiedenen Thatbeständen und Rechten (z. B. der Entleiher hat die entliehene Sache schuldhaft beschädigt und haftet aus 599 und 823, Abs. 1). Man spricht hier von einer Konkurrenz der Ansprüche. Das Nebeneinanderbestehen der auf ein identisches Ziel gerichteten Ansprüche hat auf ihren Bestand keinen Einfluß. Ist aber für den einen Anspruch Befriedigung eingetreten, so fällt der konkurrirende Anspruch fort, soweit die Identität des Zieles reicht. Geht er noch weiter, so kann er wegen dieses Mehr geltend gemacht werden. Welchen von den mehreren Ansprüchen der Berechtigte geltend machen will, steht zu seiner Wahl. Die Identität des Zweckes ist näher Identität des Interesses, mag auch die mit den konkurrirenden Ansprüchen geforderte Leistung verschiedenen Inhaltes sein. So konkurriren auch der Wandlungs- und Minderungsanspruch; hier entscheidet aber schon die Wahl (462. 465. 474).

Unter den Begriff der Konkurrenz hat man auch den Fall gestellt, in dem ein Anspruch zur Vorbereitung eines andern klageweise geltend gemacht wird, z. B. der Anspruch auf Rechnungslegung zur Vorbereitung des Anspruches aus dem Auftrage. Die Ansprüche gehen aber hier weder auf das identische Ziel, noch berührt die Befriedigung des einen den andern (sog. successive Konkurrenz). Noch weniger liegt eine Konkurrenz vor, wenn mehrere Ansprüche aus demselben Thatbestande herrühren, aber verschiedene Zwecke verfolgen (sog. kumulative Konkurrenz).

Digitized by Google

VI. Abschnitt.

Ausübung und Schutz der Rechte.

§ 66.

Die Ausübung und Kollision der Rechte[1].

I. Ausübung des Rechtes ist Bethätigung der in demselben verliehenen Macht. Niemand kann zur Ausübung seines Rechtes gezwungen werden, nur ein indirekter Zwang besteht in der Ausschlußbefristung und der Verjährung. Vertretung in der Ausübung ist nur regelmäßig zulässig. Worin die Ausübung besteht, besagt der Inhalt des Rechtes. Soweit der Berechtigte sich in den Schranken seines Rechtes hält, ist die Ausübung auch unter Schädigung Dritter berechtigt, sie wird aber widerrechtlich und unerlaubt, sobald der Berechtigte sein Recht lediglich in der Absicht, einem Andern Schaden zuzufügen, ausübt, d. h. ohne daß auf seiner Seite irgend welches Interesse an der Ausübung besteht (226, vgl. 905. 997). Das ist die chikanöse Rechtsausübung, die gemäß 826 (vgl. Bd. I. § 142. II. D) zur Schadensersatzleistung verpflichtet.

[1] Materialien: M. I. S. 273 ff. P. I. S. 238 ff. II, S. 577, III, S. 167. BRK. S. 53.

Litteratur: 1888: Hartmann, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 73, S. 341 ff. 1889: Gierke, Der Entwurf, S. 183. Derselbe, D. sociale Aufgabe des Priv.-R. (Vortr.), S. 18 f. Bähr, Jur. Tag 20, Bd. 1, S. 299 f. 305. Baron, Jahrb. für Nationalök. u. Stat., n. F., Bd. 19, S. 233 f. Planck, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 75, S. 393. 1892: Kohler, Arch. f. bürg. R., Bd. 6, S. 181 ff. 1893: Regelsberger I, §§ 54. 55. 1896: v. Jakubezky, Gruch. Beitr., Bd. 40, S. 591 ff. Eck, Allgem. Theil, S. 49 f. 1897: Hellmann, Vorträge über d. BGB., § 30. Bauke, Rechtswissenschaftliche Untersuchungen, S. 3 ff. Bunsen I, § 37. Titze, Die Nothstandsrechte ꝛc., S. 96. 1898: Börner, Sächs. Arch., Bd. 8, S. 140. Goldmann-Lilienthal, S. 32 f. Hachenburg, Das BGB., S. 13 f. Kuhlenbeck, Von den Pandekten ꝛc. I, S. 529 ff. Leske, § 39. Weyl I, § 61. Steinbach, Die Moral als Schranke des Rechtserwerbes u. d. Rechtsausübung. 1899: Endemann I, §§ 84. 85. Cosack I, § 77. Krückmann, §§ 162. 163. v. Buchka, § 9. Blümner, Die Lehre vom böswilligen Rechtsmißbrauch.

Digitized by Google

Einen weiteren allgemeinen Rechtssatz stellt das BGB. der Ausübung des Rechtes entgegen, die gegen die Grundsätze von Treu und Glauben im Verkehre verstößt. Der dem Rechte gemäß Verpflichtete hat unter diesem Gesichtspunkt dem Ausübenden gegenüber ein Verweigerungsrecht, wie es das römische Recht kannte (exceptio doli generalis)[1].

Auch die erlaubte Rechtsausübung ist unter Umständen noch an besondere Voraussetzungen gebunden: der Berechtigte muß bisweilen, wenn die Ausübung seines Rechtes andere Interessen gefährdet, Sicherheit (cautio damni infecti) leisten (z. B. 258. 509. 811. 1049).

II. Kollision der Rechte liegt vor, wenn die verschiedenen Subjekten zustehenden Rechte identischen Inhalt haben. Im Allgemeinen steht jedem Berechtigten die Ausübung ohne Rücksicht auf das Recht des Andern zu. Es entscheidet also die Prävention. Der Kollision beugt das Recht in verschiedener Weise vor, indem es die inhaltlich identischen Rechte in ein Rangverhältniß zu einander setzt (z. B. im Pfandrecht, Grundstücksrecht, im Konkurse, 1609) oder antheilsmäßige Ausübung vorschreibt (Konkurs) oder einen Anspruch auf richterliche Regelung der Ausübung einräumt (1024. 1060. 1090. 873) oder über die Prävention das Loos entscheiden läßt (659. 752. 2042).

§ 67.

Die Sicherheitsleistung[2].

Der Ausübung des Rechtes und der Durchsetzung des Anspruches können sich Hindernisse sehr verschiedener Art entgegenstellen, z. B. der Schuldner kann in Vermögensverfall gerathen, die Erfüllung

[1] Vgl. besonders Hachenburg, a. a. O. Endemann I, S. 310. 315. 358. 422. 540. Otto, Sächs. Arch., Bd. 8 (1898) S. 647 f.

[2] Materialien: M. I. S. 387 ff. P. I. S. 264. VI S. 143. 384. BRR. S. 55.

Litteratur: 1888: Hölder, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 73, S. 157. Schilling, Aphorismen, S. 65. 1889: Jacoby, Annalen d. d. Reichs, S. 9 ff. Gierke, Der Entwurf, S. 52. 182. Koch, Beitr., H. 4, S. 9 ff. 1892: Bähr, Gegenentwurf, S. 45. Jakubezky, Bemerkungen, S. 47. 1893: Regelsberger I, § 189. 1895: Kuhlenbeck, Rechtsprechung I, S. 409 ff. 1897: Hellmann, Vorträge über das BGB., § 32. Bunsen I, § 38. 1898: Börner, Sächs. Arch. Bd. 8, S. 141 f. Kuhlenbeck, Von den Pandekten ꝛc. I, S. 577 ff. Leske, § 40. Weyl I, § 62. 1899: Endemann I, § 94. Cosack I, § 77. v. Buchka § 9. Schepp, Das öffentl. R. im BGB. S. 35 f.

Digitized by Google

verweigern oder seine Verpflichtung bestreiten; auch unterliegen die Ansprüche der Verjährung und der Ausschlußbefristung. Zur Abwendung dieser Gefahren dient die Sicherheitsleistung[1].

I. Die Pflicht zur Sicherheitsleistung.

Ob der Verpflichtete dem Berechtigten Sicherheit leisten will, hängt i. A. von seinem freien Willen ab (cautio voluntaria). Eine Pflicht zur Sicherheitsleistung kann aber durch Rechtsgeschäft, richterliche Verfügung oder Gesetz begründet sein (cautio necessaria). Das Gesetz knüpft die Sicherheitsleistung an verschiedene Thatbestände, die eine Unsicherheit oder Gefährdung des Rechtes oder Anspruches mit sich bringen, an. Bemerkenswerth sind die Fälle, in denen die Ausübung eines Rechtes, wenn damit Gefährdung anderen Rechtes gegeben ist, nur gegen Sicherheitsleistung erfolgen darf (z. B. beim Wegnahmerecht, jus tollendi, 258, 1049) und ferner die Fälle, in denen der Berechtigte, der ein Gegenrecht des Verpflichteten ausschließen will, dem Verpflichteten Sicherheit zu leisten hat (273, Abs. 3. 562). Allgemein besteht kraft dispositiver Vorschrift für Denjenigen, der auf Grund irgendwelcher Verpflichtung Sicherheit geleistet hat, die gesetzliche Verpflichtung, die geleistete Sicherheit zu ergänzen oder zu ersetzen, wenn sie ohne Schuld des zur Sicherheitsleistung Berechtigten unzureichend wird (240).

Die zahlreichen Einzelfälle gesetzlicher Sicherheitsleistungspflicht sind im System erörtert[2].

II. Der rechtlichen Form nach ist die Sicherheitsleistung entweder Rechtsgeschäft oder richterliche Verfügung. Die Rechtsgeschäfte sind entweder Verbalkautionen, zu denen die Anerkennungsakte, besonders die vertragsmäßige Anerkennung (781. 782) und die Anerkennung zur Unterbrechung der Verjährung (208) gehören, oder Realkautionen (Bürgenstellung, Pfandbestellung, fiduziarische Rechtsübertragung). Die richterlichen Verfügungen sind inhaltlich Realkautionen. Sie sind entweder im Prozeß- und Konkursrecht oder im BGB. (einstweilige Verfügung in 489. 885. 899. 1716. vgl. auch Bd. II, §§ 107, 108, 120) vorgesehen.

III. Die Mittel der Realsicherheitsleistung durch Rechtsgeschäft (232—239). Im Falle der cautio voluntaria bestimmen die Parteien, in welcher Weise Sicherheit zu leisten ist.

[1] Sachsen-Weim. AG. z. BGB. § 26. Hess. AG. z. BGG. Art. 23 bis 31.

[2] Vgl. ZVG. § 67.

Digitized by Google

Besteht eine Pflicht zur Sicherheitsleistung (cautio neccessaria) und beruht diese auf Rechtsgeschäft oder Gesetz, so kann das Rechtsgeschäft oder Gesetz auch über die Art der Realsicherung besonders bestimmen. In Ermangelung solcher besonderen Vorschriften treten aber die allgemeinen Bestimmungen ein. Das Gesetz unterscheidet zwischen prinzipalen Realkautionen (A.) und nur subsidiären (B.); die letzteren kommen erst in Frage, wenn die Sicherheit in der prinzipalen Form nicht bestellt werden kann (232, Abs. 2).

A. Die prinzipale Realkaution kann nach Wahl des Pflichtigen bestellt werden (232, Abs. 1):

1. Durch Hinterlegung von Währungsgeld (244) oder Werthpapieren bestimmter Art (Inhaberpapiere mit Kurswerth und Mündelsicherheit, Orderpapiere mit Blankoindossement). Mit den Werthpapieren sind die Zins-, Renten-, Gewinnantheilscheine und die Erneuerungsscheine zu hinterlegen. Werthpapiere bieten Sicherheit bis zu $^3/_4$ ihres Kurswerthes (234). Der Verpflichtete kann die so geleistete Sicherheit gegen gleichartige umtauschen (235).

Die Wirkung der Hinterlegung ist für den Berechtigten ein Pfandrecht an dem hinterlegten Gelde bez. an den Werthpapieren (Bd. II, §§ 68 ff. 73 f.) oder, wenn das Eigenthum an dem Hinterlegten an den Fiskus oder die Hinterlegungsstelle nach Landesrecht übergeht (EG. Art. 144. 145), ein Pfandrecht an dem Forderungsrecht, das dem Hinterlegenden auf Rückerstattung zusteht (Bd. II, §§ 73 f.).

2. Durch Verpfändung von Reichs- und Staatsschuldbuchforderungen bis zu $^3/_4$ des Kurswerthes der Werthpapiere, die Gegenstand der Forderung des Buchgläubigers sind (236)[1].

3. Durch Verpfändung beweglicher Sachen (Bd. II, §§ 68 ff.) bis zu $^2/_3$ ihres Schätzungswerthes. Der Sicherheitsberechtigte kann aber Sachen, deren Verderb zu besorgen oder deren Aufbewahrung mit besonderen Schwierigkeiten verbunden ist, zurückweisen (237).

4. Seitens des Eigenthümers durch Bestellung einer Hypothek (auch Sicherungshypothek) an einem inländischen Grundstück, die aber nach den am Orte der Sicherheitsleistung geltenden Vorschriften mündelsicher sein muß (238, Abs. 1).

5. Seitens des Gläubigers durch Verpfändung von Forderungen,

[1] Vgl. EG. Art. 97. Reichsgesetze vom 31. Mai 1891 und 22. März 1893.

Digitized by Google

für die eine Hypothek (nicht Sicherungshypothek) an einem inländischen Grundstück besteht, und durch Verpfändung von Grundschulden und Rentenschulden an inländischen Grundstücken (Bd. II, §§ 73 f.), falls diese Forderungen mündelsicher sind (238).

B. Nur subsidiäre Realkaution ist die Bürgenstellung. Kommt sie in Frage, so ist sie nur dann geeignet, wenn der Bürge ein der Höhe der zu stellenden Sicherheit angemessenes Vermögen besitzt, seinen Gerichtsstand im Inlande hat und auf die Einrede der Vorausklage verzichtet (239). Auch als subsidiäre Realkaution ist die Bürgenstellung ausgeschlossen nach 273 und 1218. Im Uebrigen vgl. Bd. I, § 131.

C. Beschränkter ist die Wahl des Verpflichteten nach CPO. § 108 und ZVG. § 69.

§ 68.

Die Selbsthülfe[1].

Die Sicherheitsleistung hat nur präventive Bedeutung für die Rechtsverfolgung. Die Rechtsverfolgung tritt ein, wenn Bestreitung des Rechtes oder ein dem Rechte widersprechender Zustand

[1] Materialien: M. I. S. 348 ff. II. S. 728. P. I. S. 240 ff. 247 ff. 260 ff. II. S. 578 VI, S. 212 ff. Mat. z. EG. S. 127 f. D. S. 35 ff. BRK. S. 53 ff.

Litteratur: Vgl. Bd. I, § 142. 1888: Bähr, Zur Beurtheilung, S. 24 f. Hölder, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 73, S. 151 ff. Birkmeyer, Meckl. Zeitschr., Bd. 7, S. 187 ff. Zróblowski, Kodifikationsfragen, S. 39. v. Thur, Der Nothstand im Civilrecht. Schilling, Aphorismen, S. 61. 1889: Jacoby, Annalen des d. Reichs, S. 676. v. Liszt, Beitr., H. 5, S. 8 ff. 22. Gierke, Der Entwurf, S. 77. 180. Mörschell, Jur. Tag 20, Bd. 3, S. 287 ff. Jur. Tag 20, Bd. 4, S. 277 ff. 286. 441 f. Birkmeyer, Krit. VJhr.Schr., Bd. 31, S. 470. 1890: Schmidt, GA., S. 1193. Hartmann, GA., S. 1257 f. Rocholl, Vorschläge, S. 82 f. 1892: Bähr, Gegenentwurf, S. 41 f. Jakubezky, Bemerkungen S. 44 f. 1893: Cretschmar, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 81, S. 170 f. Regelsberger I, § 190. 1895: Kuhlenbeck, Rechtsprechung I, S. 399 ff. 1897: Hellmann, Vorträge über d. BGB., § 31. Bunsen I, § 37. Titze, Die Nothstandrechte im BGB., bes. S. 71 ff. 1898: Börner, Sächs. Arch., Bd. 8, S. 140 f. Goldmann-Lilienthal, S. 29 ff. Hachenburg, Das BGB., S. 19. Leske, § 39. Kuhlenbeck, Von den Pandekten I, S. 533 ff. Meves, Arch. f. Strafrecht (Goltd.) Jahrgg. 46, S. 161 ff. v. Alberti, Nothwehr heute und in den Volksrechten. v. Liszt, Die Deliktsobligationen im System des BGB., bes. S. 85 ff. Weyl I, § 61. Friedemann, Die Selbsthülfe. Linkelmann, Die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen ꝛc., S. 72 ff. 1899: Endemann I, §§ 87—89. Cosack I, § 78. Krückmann, § 162. v. Buchka, § 9.

Digitized by Google

vorhanden ist. Sie hat den Zweck, den dem Rechte entsprechenden Zustand herzustellen und eventuell die Folgen des widersprechenden Zustandes aufzuheben. Der Berechtigte hat zur Rechtsverfolgung die staatlichen Gerichte anzurufen (Klage, Prozeß, Urtheil, Zwangsvollstreckung) und darf nur ausnahmsweise eigenmächtig den seinem Rechte gemäßen Zustand herstellen (Selbsthülfe zur Rechtsverfolgung). Handelt es sich aber nicht um die Verwirklichung des Rechtsinhaltes, sondern um die Abwehr von Angriffen und Gefahren, so ist zwar auch nur unter bestimmten Voraussetzungen, aber in weiterem Umfange, die Selbsthülfe gestattet. Der Angegriffene kann mit eigener Kraft den Angriff abschlagen und die Gefahr unter Schädigung fremder Interessen abwenden (Selbsthülfe zur Rechtsvertheidigung)[1].

I. Die Selbsthülfe zur Rechtsvertheidigung ist erlaubt im Falle der Nothwehr und des Nothstandes.

A. Die Nothwehr.

Entsprechend dem Str.GB. § 53 ist Nothwehr diejenige Vertheidigung, welche erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem Anderen abzuwehren (227). Dieser Thatbestand der Nothwehr ist auch mit enthalten in dem des Selbsthülfeschutzes des Besitzers nach 859, Abs. 1. Vorausgesetzt ist also:

1. Ein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff. Damit ist nicht gefordert eine persönliche Angriffshandlung des Angreifers; es genügt, wenn der Angreifer andere Mittel in Bewegung gesetzt hat (z. B. Hetzen von Hunden), dagegen stellt reines Unterlassen einen Angriff nicht dar. Gegenwärtig ist der Angriff, wenn er zur Zeit der Abwehr schon begonnen hatte und noch nicht wieder fortgefallen war; sein Beginn ist gegeben, sobald der Wille des Angreifers sich derart kundgegeben hat, daß die Verletzung unmittelbar bevorsteht, sein Fortfall aber, sobald diese Verletzung eingetreten ist. Es muß ferner der Angriff rechtswidrig, d. h. ohne Recht

Kallina, Nothwehr gegenüber Amtshandlungen. Pretsch, Das Nothstandsrecht des BGB. u. s. Bedeutung für d. Strafrecht (Diss.). Schepp, Das öffentl. Recht im BGB. S. 34 f.

[1] Mit der Frage, ob die verstattete Selbsthülfehandlung sich auf subjektives Nothrecht zurückführe und in diesem Sinne eine rechtmäßige Handlung ist, beschäftigt sich die Schrift von Titze. T. gelangt (S. 34 f.) zur Annahme eines subjektiven, absoluten, objektlosen, unverzichtbaren, Klage und Anspruch nicht erzeugenden Rechtes zum Eingriff in die Rechtssphäre Dritter.

Digitized by Google

(Züchtigungsrecht der Eltern ꝛc.) erfolgen und, wie aus 228, der lediglich die Sachen, durch welche Gefahr droht, erwähnt, hervorgeht, von einem Menschen ausgehen. Dagegen muß weder der Angreifer verantwortlich noch der Angriff von ihm verschuldet sein. Auch gegen Angriffe von Kindern unter sieben Jahre und von Wahnsinnigen[1] steht Nothwehr frei, nicht aber gegen Angriffe von Thieren. Nothwehr ist auch dann gestattet, wenn der Angegriffene den Angriff verschuldet hat.

2. Gestattet ist nur die erforderliche Vertheidigung, d. h. jede Nothwehr hört auf, sobald der Angriff bereits anderweit abgewehrt ist, die Vertheidigung also nicht mehr nothwendig erscheint. Damit ist nicht gesagt, daß der Angegriffene zunächst dem Angriffe auszuweichen versuchen müsse, wohl aber, daß er nur solche Mittel der Abwehr wählen darf, die an sich dem Angriffe zu begegnen geeignet sind, und keine stärkeren Mittel als durch die Energie des Angriffes gefordert sind. Nur diese Energie des Angriffes, nicht die Bedeutung des angegriffenen Rechtsgutes entscheidet. Man darf also unter Umständen den Dieb tödten, der eine unbedeutende Sache entwenden will. Dabei darf die Prüfung, ob das Mittel geeignet war oder sich in den Grenzen der erforderlichen Vertheidigung hielt, auch nicht aus der Seele des Abwehrenden angestellt werden, sondern es ist ein objektiver Maßstab anzulegen. Endlich ist nur gestattet eine Vertheidigung, die sich gegen den Angreifer wendet. Greift die Abwehr hinüber in die Rechte Dritter, so ist sie nicht mehr Nothwehr-, wohl aber unter Umständen Nothstandshandlung.

Daß die Abwehr des Angriffes auch in dem Bewußtsein, daß die Voraussetzungen der Nothwehr vorliegen, und mit der Absicht, Nothwehr zu üben, seitens des Angegriffenen erfolge, ist einerseits nicht nothwendig und andererseits nicht ausreichend, wenn dieses Bewußtsein auf Irrthum beruht. Es kommt immer nur darauf an, daß objektiv die Nothwehrlage gegeben war.

3. Gleichgültig ist Art und Zuständigkeit des angegriffenen Rechtsgutes. Die Nothwehr ist gestattet gegen An-

[1] Stellt man die Personen ohne Verantwortlichkeit nicht unter 227, so müßte man sie unter die „Sachen" in 228 subsumiren oder weder unter 227 noch unter 228. Dann gäbe es entweder überhaupt nach dem BGB. keine Selbsthülfe gegen Angriffe dieser Personen, oder man müßte sie nach Analogie der Sachen behandeln, wie Linkelmann, a. a. O. (1898), S. 73 ff., vorschlägt.

Digitized by Google

griffe auf Freiheit, Leben, Ehre und Vermögen des Angegriffenen wie dritter natürlicher oder juristischer Personen des Privatrechtes (Nothhülfe).

4. Die Bedeutung der Nothwehrhandlung als einer rechtmäßigen zeigt sich darin, daß gegen sie Nothwehr ausgeschlossen ist. Den Nothwehr Uebenden trifft keinerlei Schadensersatzpflicht, auch dann nicht, wenn der Angriff vom Angegriffenen verschuldet war.

B. Der Nothstand.

Als rechtmäßige Handlungen erklärt das Gesetz auch diejenigen Einwirkungen auf fremde Sachen, die zum Zwecke der Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr vorgenommen werden (228. 904). Der allgemeine Begriff des Nothstandes ist in 904 enthalten; 228 enthält den Spezialfall, in dem die Einwirkung sich gegen die Sache wendet, durch welche die Gefahr droht. Die civilrechtliche Nothstandshandlung setzt demnach mehr und weniger voraus als die strafrechtliche (StGB. § 54). Nach dem BGB. kommt nicht nur eine dem Handelnden oder einem seiner Angehörigen, sondern auch eine anderen Personen drohende Gefahr, und nicht nur die Leibes- und Lebensgefahr, in Frage. Andererseits begreift das BGB. nur die Einwirkungen auf fremde Sachen. Im Einzelnen sind die Voraussetzungen des Gesetzes die folgenden:

1. Die drohende Gefahr bedeutet ein größeres Uebel, das den Betroffenen in eine Nothlage zu versetzen geeignet und dessen Eintritt mit größter Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist. Die Gefahr muß außerdem eine gegenwärtig drohende sein in dem gleichen Sinne wie beim Angriff im Falle der Nothwehr, d. h. das Uebel darf weder schon als abgeschlossene Thatsache eingetreten, noch erst in Zukunft zu erwarten sein, sondern es muß die Annahme des unmittelbar bevorstehenden Eintrittes gerechtfertigt sein. Gleichgültig ist, wem die Gefahr droht, welche Rechtsgüter gefährdet sind und welcher Art die Quelle der Gefahr ist (Thiere, Sachen, Naturkräfte, menschliche Handlungen).

2. Der der Gefahr begegnende Eingriff in fremdes Recht muß erforderlich gewesen sein, um das gefährdete Rechtsgut zu retten, andere Mittel dürfen nicht zur Verfügung gewesen sein; das gewählte Mittel muß wie bei der Nothwehr an sich zur Beseitigung der Gefahr geeignet sein und darf auch objektiv gemessen im Verhältniß zur Energie der Gefahr nicht über das Erforderliche hinausgehen.

3. Weiter ist nur die Einwirkung auf fremde Sachen (Weg-

Digitized by Google

nahme, Beschädigung, Zerstörung, Gebrauch) gestattet, nicht Verletzung anderer fremder Rechtsgüter (Leben, Gesundheit, Freiheit, Ehre ꝛc.)[1].

4. Eine wesentliche Einschränkung der Nothstandshandlung liegt dann in dem Erforderniß der Verhältnißmäßigkeit: die durch die Nothstandshandlung hervorgerufene Rechtsverletzung muß im Verhältniß zu der durch die Gefahr drohenden Verletzung stehen. Dieses Erforderniß wird in 228 gegenüber 904 scheinbar abgeschwächt, aber in beiden Formulirungen ist lediglich das Prinzip ausgedrückt, daß das nach objektivem Maße höher gewerthete Rechtsgut nicht zum Zwecke der Erhaltung des minderen Rechtsgutes geopfert werden darf. In beiden Fällen werden nur beträchtliche Werthunterschiede Berücksichtigung finden dürfen[2].

Bewußtsein des Handelnden von der Nothlage ist nicht gefordert, auch nicht, daß der Nothstand ein unverschuldeter war (vgl. Z. 5).

5. Die Wirkung der Nothstandshandlung. Da die Handlung eine rechtmäßige ist, so ist die Nothwehr gegen die Nothstandshandlung und auch die Bestrafung ausgeschlossen. Die Rechtswidrigkeit ist mit der gleichen Folge gehoben, wenn der Nothstand ein verschuldeter war[3]. An die rechtmäßige Handlung ist aber die Schadensersatzpflicht geknüpft (904), die aber im Falle des defensiven Nothstandes (228) unter Umständen ausgeschlossen ist.

a. Defensiver Nothstand liegt dann vor, wenn die Gefahr „durch die Sache" droht und der Bedrohte durch Beschädigung und Zerstörung dieser Sache gleichsam in Nothwehr die Gefahr abwendet. Der Wortlaut des Gesetzes (228) zwingt dazu, nur dann einen defensiven Nothstand anzunehmen, wenn die Gefahr unvermittelt von der Sache her droht, d. h. der Sitz, die ursprüngliche Quelle der Gefahr in der Sache liegt. Die Analogie der Nothwehr darf natürlich nicht dahin übertrieben werden, daß die Sache aus dem Zustande der Ruhe

---

[1] Titze, a. a. O., S. 111, bes. Note 36, vertritt die analoge Ausdehnung auf Einwirkungen auf fremde Naturkraft (Elektrizität) und sogar auf den Fall, in welchem Jemand im Nothstande einen Andern bestimmt, einem dritten Zahlungsunfähigen ein Darlehn zu geben. Vgl. v. Liszt, Die Deliktsobligationen ꝛc., S. 94 f.

[2] Rehbein, S. 342. A. M. Planck zu 228, Z. 6, auch Fischer-Henle, zu 228 und 904. Vgl. ferner Hölder, Komment., S. 461 ff.

[3] A. M. v. Liszt, a. a. O., S. 89 f. 93 f. Der verschuldete Nothstand soll sowohl nach 228 wie nach 904 die Rechtswidrigkeit nicht aufheben. Die Tragweite dieser Ansicht erstreckt sich nicht nur auf das Strafrecht (Abänderung von Str.GB. § 54), sondern auch auf das Civilrecht (Zulässigkeit der Nothwehr). Der Wortlaut des Gesetzes und der Zusammenhang von 228 und 904 spricht gegen die Ansicht v. Liszt's.

Digitized by Google

herausgetreten sein müßte; die Anlehnung an die Nothwehr darf aber nicht gänzlich verlassen werden. Durch das bloße Vorhandensein der Sache ist nicht das gesetzliche Moment der „durch sie" drohenden Gefahr gegeben. Brennt das Haus a, und ich reiße das Haus b, das zwischen meinem Hause und dem Hause a liegt, nieder, so ist das Haus b nicht der eigentliche Sitz der Gefahr. Es tritt also Ersatzpflicht nach 904 ein[1].

b. Ist ein defensiver Nothstand (a.) gegeben, so tritt die Schadensersatzpflicht nur ein, wenn die Gefahr (nicht die Gefährdung der drohenden Sache) vom Handelnden selbst (nicht von einem Anderen) verschuldet war. Hat der Handelnde selbst die Gefahr nicht verschuldet, so ist er von der Ersatzpflicht frei; die Haftung des Anderen, der die Gefahr verschuldet hat, bestimmt sich danach, ob nach den allgemeinen Grundsätzen Kausalität seines Thuns in Bezug auf den durch den Handelnden herbeigeführten Erfolg vorliegt (vgl. Bd. I, §§ 76. 142).

II. Die Selbsthülfe zum Zwecke der Rechtsverfolgung.

Erlaubte Handlungen werden nicht dadurch unerlaubt, daß sie zum Zwecke der Selbsthülfe vorgenommen sind, und unerlaubte Handlungen werden nicht durch den gleichen Zweck zu erlaubten.' In engen Grenzen gestattet aber das BGB. den Eingriff in fremde Rechtssphäre zum Zwecke der Selbsthülfe einmal in generellen Vorschriften, sodann in einzelnen Sonderfällen.

A. Nach den allgemeinen Vorschriften (229. 230. 231) kann der Berechtigte auch schon, bevor ein unbedingter und unbefristeter Anspruch besteht, zum Zwecke der Verwirklichung seines Rechtes eine fremde Sache wegnehmen, zerstören, beschädigen oder den Verpflichteten festnehmen oder den Widerstand des Verpflichteten gegen eine Handlung, die dieser zu dulden hat, beseitigen. Daß der Berechtigte im Bewußtsein dieses Zweckes die Handlung vornimmt, ist nicht gefordert, es genügt, daß objektiv die Erfordernisse (Gefährdung der Rechtsverwirklichung, Erforderlichkeit ꝛc.) vorliegen. Auch dann ist Selbsthülfe nicht ausgeschlossen, wenn der Berechtigte für den drohenden Ausfall durch eine Ersatzforderung hinreichend gedeckt ist. Das Chikaneverbot (226) wird hier kaum jemals praktisch werden können, da der Berechtigte eben sein Recht nicht lediglich zu dem Zwecke, den Anderen zu schädigen, verfolgt[2]. Dagegen ist die Selbsthülfe an folgende Schranken gebunden (229):

[1] So Titze, a. a. O., S. 114, und auch wohl v. Liszt, a. a. O., S. 91, obwohl bei ihm die Anlehnung an die Nothwehr schärfer hervortritt. A. M. Endemann, a. a. O., § 88.

[2] A. M. Titze, a. a. O., S. 125.

Digitized by Google

1. Es darf obrigkeitliche Hülfe nicht rechtzeitig zu erlangen gewesen sein, z. B. weder Hülfe des Gerichtes (Arrest, einstweilige Verfügung) noch der Verwaltungsbehörden (229).

2. Es muß eine Gefährdung der Rechtsverwirklichung derart vorliegen, daß die Verwirklichung des Anspruches ohne sofortiges Einschreiten vereitelt oder wesentlich erschwert wird (z. B. Flucht des Schuldners unter Mitnahme seiner Habe), nicht aber derart, daß ein uneinbringlicher Verlust (gemeines Recht) zu besorgen ist (229).

3. Die Selbsthülfe muß das zur Abwendung der Gefahr erforderliche Maß einhalten (230, Abs. 1).

4. Ist die Selbsthülfe durch Wegnahme von Sachen oder Festnahme des Verpflichteten bewirkt, so muß sie legalisirt werden, d. h. der Berechtigte muß bei Wegnahme von Sachen die Zwangsvollstreckung bewirken oder, wenn das nicht ohne Aufenthalt möglich ist, den dinglichen Arrest beantragen. Im Falle der Festnahme hat der Berechtigte gegen den Verpflichteten, wenn er ihn nicht sofort in Freiheit setzt, den persönlichen Sicherheitsarrest zu beantragen und den Festgenommenen unverzüglich dem Gericht vorzuführen. Verzögert der Berechtigte diese Arrestanträge oder lehnt das Gericht sie mit oder ohne Grund ab, so sind unverzüglich die Sachen zurückzugeben und der Verpflichtete in Freiheit zu setzen (230, Abs. 2. 3. 4). Aus der Nothwendigkeit der Legalisirung und dem Erforderniß zu Z. 1 folgt, daß der Berechtigte in der Wegnahme von Sachen und der Festnahme an die Schranken der Zwangsvollstreckungs- und Arrestvorschriften gebunden ist (CPO. §§ 811 f. 916 ff.).

5. Die Wirkungen. Der legale Selbsthülfeakt ist rechtmäßige Handlung, daher auch straffrei (vgl. StGB. §§ 123. 239. 242). Gegen ihn ist Nothwehr ausgeschlossen, und eine Selbsthülfeleistung kann nicht unter die verbotene Eigenmacht fallen (858). An die legale Selbsthülfehandlung knüpft sich auch nicht die Schadensersatzpflicht. Sind aber die Anforderungen (Z. 1—4) nicht erfüllt, so ist die Strafbarkeit und Ersatzpflicht nach den allgemeinen strafrechtlichen bez. civilrechtlichen Grundsätzen zu beurtheilen. Selbst wenn der Berechtigte irrthümlich die Voraussetzungen der Legalität der Selbsthülfe angenommen hat, tritt die Schadensersatzpflicht schlechthin ein, auch wenn der Berechtigte sich in entschuldbarem Irrthum befunden haben sollte (Ausnahmen von 823). Ob in diesem Falle auch die Strafbarkeit entfällt, ist lediglich nach dem StGB. § 59 zu beurtheilen.

B. Ueber die Sonderfälle der Selbsthülfe vgl. 859, Abs. 2

Digitized by Google

(Bd. II, § 5), 910 (Bd. II, § 14), 962 (Bd. II, § 25), 561 (Bd. I, § 115) und Bd. II, § 68, II[1].

§ 69.

Das Zurückbehaltungsrecht[2].

Das Zurückbehaltungsrecht (Retentionsrecht), das mit der Einrede des nicht erfüllten Vertrages (Bd. I, § 86) den Grundgedanken gemeinsam hat, ist ein umfassenderes Rechtssicherungs- und -Verfolgungsmittel. Es hat den Inhalt, daß ein zu einer Leistung Verpflichteter diese dem Berechtigten solange verweigern kann, bis der Berechtigte einen dem Zurückhaltungsberechtigten gegen ihn zustehenden Anspruch Zug um Zug zu erfüllen bereit ist. Welcher Art der gegen den Zurückhaltenden gerichtete Leistungsanspruch (dinglicher, schuldrechtlicher ꝛc.) ist, bleibt gleichgültig. Dagegen ist das Zurückbehaltungsrecht sonst an bestimmte Schranken gebunden.

I. Das Zurückbehaltungsrecht ist gegeben, wenn

A. der Verpflichtete aus demselben rechtlichen Verhältniß, auf dem seine Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Berechtigten hat (273, Abs. 1).

1. Das Erforderniß, daß beide Ansprüche, der Voranspruch des Berechtigten und der Gegenanspruch des Verpflichteten, auf demselben rechtlichen Verhältniß beruhen (Konnexität), ist dann erfüllt, wenn nach der Natur des Rechtsverhältnisses oder der Absicht der Parteien eine Unbilligkeit darin läge, daß der Voranspruch ohne Rücksicht auf den Gegenanspruch durchgesetzt werden könnte. Die Identität des

---

[1] Anhalt. AG. z. BGB. Art. 11.

[2] Materialien: M. I. S. 314 II, S. 40 ff. P. I. S. 264. 310 ff. Begründung d. Nov. z. CPO. S. 136. 143.

Litteratur: 1888: Laband, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 73, S. 190 ff. Hartmann, ebenda, S. 318. Bekker, Beitr., H. 2, S. 8. 1889: Gierke, Der Entw., S. 190. Laband, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 74, S. 25. Neumann, Gruch. Beitr., Bd. 33, S. 359. Seuffert, Beitr., H. 11, S. 16 ff. Hananjek, Jur. Tag 20, Bd. 1, S. 323 f. 1890: Gebhart, GA., S. 259. Jacoby, Annalen d. d. R., S. 43. Volze, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 76, S. 255 ff. 1891: Hölder, Pand. I, § 65. 1892: Bähr, Gegenentwurf, S. 52. Jakubezky, Bemerkungen S. 56. 1893: Regelsberger I, § 193. Cretschmar, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 81, S. 174 ff. 1897: Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse, S. 102 ff. Hellmann, Vorträge über d. BGB., § 33. Bunsen I, § 40. 1898: Otto, Sächs. Arch. Bd. 8, S. 670 f. Weyl 1, § 72. 1899: Endemann I, § 125. Cosack I, § 86. Krückmann, § 8. v. Buchka § 10. Dernburg, Das bürgerl. Recht II, S. 122 ff.

Digitized by Google

Rechtsverhältnisses wird also hier hergestellt durch die typische Natur des Geschäftes und die Parteiabsichten (vgl. 368. 371. 403. 670)[1].

2. Gegenstand des Gegenanspruches und der Zurückbehaltung können sein: Sachen, Handlungen und auch Unterlassungen. Gleichartigkeit mit dem Gegenstande des Voranspruches ist nicht gefordert.

3. Der Gegenanspruch muß fällig sein.

B. Außerdem ist, ohne daß das Erforderniß der Konnexität einer Prüfung bedürfte, das Zurückbehaltungsrecht gegeben, wenn der zur Herausgabe eines Gegenstandes irgendwie Verpflichtete einen fälligen Anspruch wegen Verwendungen auf diesen Gegenstand hat (z. B. 1000. 304. 601. 972. 292) oder wenn ihm ein Anspruch wegen eines ihm durch diesen Gegenstand verursachten Schadens zusteht (273, Abs. 2).

C. Das Zurückbehaltungsrecht ist trotz Vorhandenseins der Voraussetzungen ausgeschlossen, wenn die Parteien es wirksam ausgeschlossen haben; wenn Vorleistung auf den Voranspruch vorgesehen ist; wenn die Zurückbehaltung der Leistung diese selbst unmöglich machen würde, da der Verpflichtete eben nur zurückbehalten, sich aber nicht weiter in Widerspruch mit seiner Pflicht setzen darf. Außerdem schließen positive Bestimmungen das Zurückbehaltungsrecht aus: 175. 556, Abs. 2. 581, Abs. 2. Im Falle B. besonders ist Zurückbehaltung ausgeschlossen, wenn der Verpflichtete den Gegenstand durch vorsätzliche unerlaubte Handlung erlangt hat.

Der Voranspruchsberechtigte kann außerdem die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechtes durch Sicherheitsleistung (Bd. I, § 67) abwenden, die aber nicht durch Bürgenstellung beschafft werden kann (273, Abs. 3, vgl. aber 320. 321).

II. Der Inhalt des Zurückbehaltungsrechtes[2].

A. Der Zurückbehaltungsberechtigte hat das Recht, die Leistung zu verweigern (dilatorische Einrede). Er erlangt aber damit nicht die Abweisung der Klage, sondern nur eine Beschränkung seiner Verurtheilung, d. h. er wird verurtheilt auf Leistung gegen Empfang der ihm gebührenden Leistung, auf Leistung Zug um Zug. Geräth nunmehr der Retentionsberechtigte in Annahmeverzug, so kann der Voranspruchsberechtigte seinen Anspruch im Wege der Zwangsvollstreckung verfolgen, ohne seinerseits geleistet zu haben (274, CPO. §§ 726, Abs. 2. 756. 765).

[1] Besonders geregelt ist das Zurückbehaltungsrecht bei gegenseitigen Verträgen (320 ff).

[2] Ueber die Behandlung im Konkurse vgl. KO. §§ 15. 49. 223, in der Zwangsvollstreckung CPO. §§ 709, Z. 1. 777 und GVG. § 23.

Digitized by Google

B. Verliert der Retentionsberechtigte den Besitz der Sache, so hat er je nach seinem Rechtsverhältniß zur Sache petitorische oder possessorische Schutzmittel.

C. Das Zurückbehaltungsrecht als solches giebt dem Berechtigten kein Befriedigungsrecht aus der Sache.

D. Die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechtes setzt den Voranspruchsberechtigten in Verzug (Mahnung), während für den Zurückbehaltenden Verzug nicht eintritt.

III. Anderen Charakter hat das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht (HGB. §§ 369 ff.), besonders durch die darin liegende Befugniß zur Befriedigung aus der Sache. Mit dem Zurückbehaltungsrecht haben nichts zu thun die Befugnisse in 1428, Abs. 1. 1579. 1585.

§ 70.

Klage und Einrede [1].

Der normale Weg der Rechtsverfolgung ist der der Geltendmachung des Rechtes ꝛc. im Prozesse durch Klage und Einrede. Von den privatrechtlichen Begriffen, die mit diesen Namen gekennzeichnet werden, sind die prozessualen fernzuhalten.

I. Die Bezeichnung Klage hat einen gänzlich verschiedenen formell-prozessualen und materiell-civilrechtlichen Inhalt. Im Prozeß bedeutet Klage den bestimmt qualifizirten Akt, der den Prozeß eröffnet und inhaltlich lediglich Rechtsbehauptungen enthält. Diese können begründet sein oder nicht. Klage im civilrechtlichen

[1] Materialien: M. I. S. 357 ff. 363. P. I. S. 244 ff.

Litteratur: 1888: Bähr, Zur Beurtheilung, S. 25 f. Reinhold, Die Lehre vom Klaggrunde und der Beweislast. Schilling, Aphorismen, S. 62. 1889: Bolze, Zeitschr. f. d. d. Civ.-Proz., Bd. 13, S. 275. Fischer, Beitr., H. 6, S. 94 ff. Thon, Jahrb. f. Dogm., Bd. 28, S. 37 ff. Krech, Beitr., H. 14, S. 129 ff. 1890: Rocholl, Vorschläge, S. 83 f. Reinhold, Gruch. Beitr., Bd. 34, S. 550 ff. Klöppel, GA., S. 833 ff. Bähr, Krit. VJSchr., Bd. 32, S. 192 f. 1891: Pütter, Arch. f. öff. R., Bd. 5, S. 139. Hölder, Pandekten I, §§ 62. 65. 1892: Keller, Sächs. Arch., Bd. 2, S. 685 ff. 1893: Regelsberger I, §§ 191—192. 1897: Hellmann, § 33. Brodmann, Vom Stoffe des Rechtes und seiner Struktur. Das Recht im Prozeß. 1898: Kuhlenbeck, Von den Pandekten I, S. 549 ff. 557 ff. Weyl I, § 63. Friedenthal, Einwendung und Einrede. 1899: Cosack I, § 79. Krückmann, § 163. v. Buchka § 9. Bucerius, Erörterung der Begriffe exceptio, Einrede u. Einwendung nach röm. u. gem. R. nach der deutschen CPO. und nach dem BGB. (Pr. Schr.)

Digitized by Google

Sinne ist das dem subjektiven Recht entspringende, also in ihm liegende abgeleitete Recht, durch Anrufung des Gerichtes (prozessuale Klage) eine Entscheidung über das subjektive Recht herbeizuführen. Mit Klage im civilrechtlichen Sinne bezeichnen wir also das subjektive Klagrecht. Auch die actio der Römer hat diese Bedeutung. Das subjektive Klagrecht ruht auf dem gleichen Thatbestande wie das subjektive Privatrecht, als dessen Ausfluß es erscheint. Das subjektive Klagrecht besteht also niemals selbständig und losgelöst vom subjektiven Recht. Die regelmäßige Erscheinung ist auch weiter die, daß *jedem* subjektiven Privatrecht das Klagrecht entspricht. Ausnahmsweise ist dem subjektiven Recht die Klagbarkeit genommen (z. B. natürliche Verbindlichkeiten, Bd. I, § 72). Anders stellt sich das Verhältniß zum Anspruch. Daß nicht jedes subjektive Privatrecht einen civilrechtlichen Anspruch erzeugt, ist Bd. I, §§ 17 und 64 dargelegt. Den subjektiven Rechten ohne Anspruch fehlt aber keineswegs durchaus das Klagrecht. So ergiebt sich, daß das subjektive Klagrecht das Recht ist, entweder einen civilrechtlichen Anspruch oder den Inhalt subjektiver Privatrechte, aus denen ein Anspruch nicht hervorgeht, gerichtlich geltend zu machen. Beiden Kategorieen von Klagrechten entspricht ein *Anspruch im prozessualen Sinne*[1]. Anspruch in diesem letzteren Sinne ist lediglich das durch prozessuale Klaghandlung an den Richter von der Partei gestellte Begehren (CPO. § 253).

Da das Klagrecht auf dem subjektiven Rechte ruht und mit diesem gegeben ist, so übertragen sich die Unterscheidungen innerhalb der subjektiven Rechte auf das Klagrecht (vgl. Bd. I, §§ 17. 64. 65). Sehen wir auf die Entscheidung, die der Klagberechtigte kraft seines Rechtes herbeiführen kann, so ergiebt sich der Unterschied von *Klagrechten zur Geltendmachung eines civilrechtlichen Anspruches* (d. h. der Klagberechtigte kann die Verurtheilung des Gegners zu einer Leistung verlangen); ferner von *Klagrechten auf Entscheidung über Existenz oder Nichtexistenz* von Rechten und Rechtsverhältnissen (*Feststellungsklagrechte*) und von Klagrechten, kraft welcher die Begründung bez. Aufhebung von Rechtsverhältnissen verfolgt werden kann (*konstitutive Klagrechte*). Beispiele für die letzte Kategorie bieten die Klagen des ehelichen Güterrechtes auf Aufhebung der ehemännlichen Verwaltung oder der Gütergemeinschaft (1418. 1468. 1469. 1495. 1542. 1549). Diese Kategorie berührt sich mit der derjenigen Feststellungsklagrechte.

[1] Darüber jetzt *Langheineken*, Der Urtheilsanspruch (1899).

Digitized by Google

II. Die Einreden.

Das BGB. gebraucht die Bezeichnungen Einreden und Einwendungen. Die gleichen Ausdrücke verwendet das Prozeßrecht. Im Prozeßrecht handelt es sich hier wieder lediglich um Behauptungen, mögen sie begründet sein oder nicht, im Civilrecht dagegen um Rechtswirkungen, die sich an einen existenten Thatbestand anknüpfen.

A. Die Einwendung in der CPO. bedeutet jede Behauptung, die eine Partei der anderen entgegenstellen kann, während Einrede der engere Begriff ist. Lassen wir die prozeßhindernden Einreden (CPO. § 274), die lediglich die Behauptung prozessualer Hinderungsgründe enthalten und zur Abweisung der Klage angebrachtermaßen führen, außer Betrachtung, so richten sich die Einreden gegen Das, was der Kläger mit der Klage erstrebt; sie sollen ein dementsprechendes Urtheil abwehren. Eine solche Abwehr liegt in den Einwendungen gegen den vom Gegner angetretenen Beweis (Beweiseinreden, z. B. CPO. §§ 283. 350) und in den Einwendungen, welche die Richtigkeit des Klaggrundes bestehen lassen[1], trotzdem aber zur Abweisung der Klage führen müssen. Den Klaggrund bilden die Thatsachen, welche nach dem bürgerlichen Recht den klägerischen Anspruch an sich als für den Kläger entstanden erscheinen lassen. Die in diesen Einreden angeführten Behauptungen wollen darthun, entweder, daß trotz Richtigkeit des Klaggrundes der klägerische Anspruch nicht entstanden ist (z. B. Behauptung der mangelnden Geschäftsfähigkeit des Klägers) oder daß er wieder aufgehoben ist (z. B. Behauptung der Zahlung) oder daß dem Beklagten ein Gegenrecht zusteht, welches zur Abweisung des Klägers führen muß (z. B. Behauptung des Zurückbehaltungsrechtes). Diese ein Gegenrecht behauptenden Einreden sind die rechtsverfolgenden, die übrigen zu dieser Kategorie gehörenden die rechtsverneinenden Einreden.

B. Wenn nun das BGB. die an einen bestimmten Thatbestand angeknüpften Rechtswirkungen gleichfalls mit Einwendungen und Einreden bezeichnet, so sind diese materiellen Rechtswirkungen nur als im Prozesse geltend gemachte gedacht und formulirt, während sie mit der Verwirklichung des Thatbestandes entstanden sind. Die Einwendungen sind auch hier der umfassendere Begriff (z. B. 404. 417. 784. 796. 792. 986). Sie umfassen alle Fälle, in denen sich

[1] Das Bestreiten, Leugnen des Klaggrundes fällt nicht unter die Einrede, sondern unter die Einwendungen.

Digitized by Google

nach dem BGB. an bestimmte Umstände Mangelhaftigkeit des sonst begründeten Rechtes knüpft. Wie diese Mängel etwa im Prozesse vom Beklagten geltend gemacht werden können (durch Leugnen des Klaggrundes oder Einrede), ist für die privatrechtliche Wirkung gleichgültig. Die Einreden des BGB. haben dagegen einen eng begrenzten Sinn. Die Einreden sind auf Grund bestimmter Thatbestände für eine Person begründete subjektive Rechte, die dem Berechtigten die Befugniß gewähren, eine Leistung, zu der er verpflichtet ist, auf Zeit (Z. 1) oder für immer (Z. 2) zu verweigern. Die Einreden sind demnach

1. aufschiebende (dilatorische), z. B. das Zurückbehaltungsrecht (273. 274), die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (320. 321), der mangelnden Sicherheitsleistung (321. 273, Abs. 2. 258. 2217, Abs. 2); ferner 770. 771. 2014. 2015)[1]. Außerdem könnte dem Verpflichteten das Verweigerungsrecht unter gewissen Voraussetzungen durch Parteibestimmung eingeräumt sein;

2. ausschließende (peremptorische) Einreden. Die rechtliche Bedeutung ergiebt sich aus 813. 886. 1169. 1254, die Anwendungsfälle sind außer der Einrede der Verjährung (222) zahlreich (478. 490. 821. 1166. 1973. 1989. 1990 ꝛc.).

C. Die Einreden des BGB. gehören daher zu den Gegenrechten oder Abwehrrechten, im prozessualen Sinne zu den rechtsverfolgenden Einreden. Sie berühren den Bestand des Anspruches nicht, sondern geben dem Verpflichteten nur die Möglichkeit, die Befriedigung des Anspruches zu verweigern. Der Einredeberechtigte kann auf das Recht verzichten; der Richter hat nur dann auf das Einrederecht Rücksicht zu nehmen, wenn es der Verpflichtete geltend macht (Antrag), nicht schon, wenn es aus dem Prozeßstoff hervorgeht. Tritt auf Grund der Einrede rechtskräftige Abweisung des Anspruches ein, so bleibt das Verhältniß von Anspruch und Einrede, bei den ausschließenden Einreden also dauernd, das gleiche wie bisher, wenn nicht Anspruch oder Gegenrecht aus sonstigen Gründen erlöschen. Das Einrederecht unterscheidet sich aber wesentlich von anderen Gegenrechten (Anfechtungsrecht, Widerruf, Aufrechnung), deren Geltendmachung nicht abhängig ist von der Geltendmachung des Anspruches und die nicht die Leistungsverweigerung zum Inhalte haben, sondern die Ausschließung und Vernichtung des Anspruches.

---

[1] Andere rechnen hierher auch die Fälle in 986. 1160 und den Fall der Stundung (202. 509). Darüber Friedenthal, a. a. O., S. 42 ff.

Digitized by Google

§ 71.

Der Einfluß des Prozesses auf das materielle Recht[1].

Die Thatsache, daß der privatrechtliche Anspruch und das private Recht zum Gegenstande des Rechtsstreites gemacht werden, ist auch nach heutigem Recht von weittragendem Einfluß auf die materielle Berechtigung. Dabei ist vorauszuschicken, daß die Rechtsverletzung nicht Voraussetzung wirksamer prozessualer Klagerhebung ist (291), wie auch der privatrechtliche Anspruch und das materielle Klagrecht die Rechtsverletzung zu ihrer Begründung nicht fordern.

I. Der Beginn des Prozesses.

Der als Beginn des Prozesses hier in Betracht kommende Akt ist der der Klagerhebung bez. diejenigen Vorgänge, die der Klagerhebung gleichgestellt sind (CPO. §§ 267. 207, EG. Art. 152).

Der Prozeß beginnt also mit der Rechtshängigkeit, nicht mit der Einlassung des Beklagten auf die Klage, die nur prozeßrechtliche Bedeutung hat. Die Rechtshängigkeit tritt aber nur ein, wenn die Klag-

[1] Materialien: M. I. S. 360 ff. 364 ff. 382 ff. P. I. S. 253 ff. 262 ff. VI. S. 86. 142. 228. 659 ff. Begründung der Nov. z. CPO., S. 101. 104 f. 123. 125 ff.

Litteratur: 1888: Bähr, Zur Beurtheilung, S. 28 f. Wach, D. Feststellungsanspruch, S. 39. 60. Zródlowski, Kodifikationsfragen, S. 35. 74. 76 f. Leist, Sicherung der Forderungen, S. 23. Hölder, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 73, S. 154 ff. Schilling, Aphorismen, S. 63 ff. Reinhold, Die Lehre vom Klaggrunde, S. 36. 44. 57. 66. 107 ff. 1889: Fischer, Beitr., H. 6, S. 17 ff. 32 f. 136 ff. Bekker, System II, S. 239. 304 f. 338. 377. Jacoby, Annalen d. d. Reichs, S. 677 f. Bolze, Zeitschr. f. d. Civ.-Proz., Bd. 13, S. 269 ff. Fitting, ebenda, S. 32 ff. 50. 55 ff. 1890: Reinhold, Gruch. Beitr., Bd. 34, S. 550 ff. 554 ff. Klöppel, GA., S. 836 ff. 841 ff. Linkelmann, GA., S. 46ff. Wolff, GA., S. 624. Rocholl, Vorschläge, S. 83 ff. Wendt, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 76, S. 415 ff. 1891: Hölder, Pandekten I, §§ 66—70. Pfizer, Gruch. Beitr., Bd. 35, S. 281 ff. 1892: Bähr, Gegenentwurf, S. 42 ff. Jakubezky, Bemerkungen S. 45 f. 1893: Regelsberger I, §§ 194—199. 1894: Reinhold, Zeitschr. f. d. Civ.-Proz., Bd. 20, S. 113 ff. 1895: Binder, Die subjektiven Grenzen der Rechtskraft. Reinhold, ebenda, Bd. 21, S. 1 ff. 1896: Hölder, ebenda, Bd. 22, S. 1 ff. 1897: Brandt, D. Jur.-Zeitung, Jahrg. 2, S. 395 ff. Hellmann, Vorträge über d. BGB., § 35. 1898: Ehrenzweig, Zeitschr. f. d. Priv.- und öff. Recht, Bd. 25, S. 281 ff. (österr. R.) Weyl I, § 63. Friedenthal, Einwendung und Einrede, bes. S. 19 f. 67 ff. 1899: Cosack I, § 79. Krückmann, § 164. v. Buchka § 9. Beckh, Die Beweislast nach dem BGB. Wach und Laband, Zur Lehre von der Rechtskraft. Fischer, Jahrb. f. Dogm., Bd. 40, S. 151 ff. bes. 229 ff. Kreß, Zur Lehre von der Beweislast nach dem BGB.

Digitized by Google

erhebung eine rechtsgültige ist. Außer der Erfüllung der Prozeßvoraussetzungen gehört dazu ein bestimmter Inhalt der Klagschrift, besonders Angabe des Klaggrundes und des Gegenstandes des erhobenen Anspruches und ein bestimmter Antrag (CPO. § 253, vgl. § 503).

Die Rechtshängigkeit hat folgende Wirkungen:

A. Bei den Ansprüchen auf Herausgabe von bestimmten Sachen ist der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit von entscheidender Bedeutung für die Haftung des Beklagten in Betreff der Nutzungen und der Sache selbst (Bd. II, § 30). Analog liegt es beim Erbschaftsanspruch (Bd. II, § 177). Durch Rechtshängigkeit wird auch eine Steigerung der Verpflichtung des Schuldners bei Geldschulden insofern bewirkt, als er nun auch Zinsen zu leisten hat (291). Für die Unterhaltsansprüche fällt nach Rechtshängigkeit die Schranke fort, daß Unterhalt für die Vergangenheit nicht geschuldet wird (1613. 1615. 528. 1580).

B. Mit der Rechtshängigkeit des Anspruches tritt Unterbrechung der Verjährung (Bd. I, § 64) und der Eigenthums- und Nießbrauchserfitzung ein (Bd. II, §§ 20. 42).

C. Geht der Anspruch auf Herausgabe ungerechtfertigter Bereicherung, so bestimmt sich deren Umfang nach dem Zeitpunkt der Rechtshängigkeit (818, Abs. 3. 4).

D. Gewisse unvererbliche Ansprüche werden nach Rechtshängigkeit vererblich (Bd. I, § 65).

E. Nach dem geltenden Prozeßrecht ist die Frage zu beantworten, ob die materiellen Voraussetzungen der Verurtheilung im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit oder des Urtheiles vorliegen müssen. Prinzipiell entscheidet der Zeitpunkt des Urtheiles. Hat der Kläger im Klaggrunde bestimmten Rechtserwerb behauptet und erweist sich, daß dieser erst nach Rechtshängigkeit eingetreten ist, so kann die Verurtheilung dennoch erfolgen, wenn der Beklagte die Klagänderung nicht rügt, und unter allen Umständen dann, wenn die Geltendmachung der erst nach der Klagerhebung eingetretenen Veränderungen unter den Gesichtspunkt einer bloßen Klagenverbesserung und -Ergänzung fiele. Eine Ausnahme machen in dieser Beziehung einige Bestimmungen der CPO. §§ 257. 258. 259: Eine einseitige befristete Geldforderung oder ein befristeter Anspruch auf Räumung von Grundstücken ꝛc. kann als künftiger geltend gemacht werden, ferner kann bei wiederkehrenden Leistungen auf künftige Entrichtung der nach Erlassung des Urtheiles fällig werdenden Leistungen geklagt werden und allgemein kann Klage auf künftige Leistungen erhoben werden, wenn den Umständen nach

Digitized by Google

die Besorgniß gerechtfertigt ist, daß der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde.

F. Die Rechtshängigkeit hat auch Bedeutung für den subjektiven Umfang der Rechtskraft (III. B. Z. 2. a.). Dagegen kennt das heutige Recht nicht mehr das Veräußerungsverbot der im Prozeß befangenen Ansprüche und des Gegenstandes dieser Ansprüche (CPO. §§ 265. 266, vgl. noch 263. 425).

II. Der Beweis.

Grundprinzip des heutigen Prozesses (Verhandlungsmaxime) ist, daß die Parteien dem Richter das thatsächliche Material vorzulegen haben und daß der Richter die Rechtsvorschriften des Privatrechtes auf diese anwendet (Bd. I, § 12). Rechtsausführungen werden zwar gewöhnlich, absichtlich und nothwendig (CPO. 137) auch durch die Parteien vorgebracht, der Richter ist aber an diese nicht gebunden wie an das von den Parteien vorgelegte sachliche Material. Aus dem von den Parteien vorgelegten thatsächlichen Prozeßstoff kommen selbstverständlich nur die Thatsachen in Frage, welche für die Sachentscheidung von Erheblichkeit sind.

A. Die von den Parteien behaupteten erheblichen Thatsachen können aber nur als nach der richterlichen Ueberzeugung feststehende dem Urtheil zur Grundlage dienen. Ob der Richter eine behauptete Thatsache auch für festgestellt erachtet, darüber hat er nach freier Ueberzeugung zu entscheiden (CPO. § 286). Die Ueberzeugung kann sich ihm schon aus den Parteiverhandlungen ergeben, sie kann sonst für ihn feststehen (offenkundige, notorische, gerichtsnotorische, CPO. § 291), oder er muß sie als feststehend ansehen, wenn sie gemäß CPO. § 288 vom Gegner des Behauptenden zugestanden sind oder wenn eine Rechtsvermuthung (CPO. § 292) für sie besteht. Wo das nicht der Fall ist, bedürfen die behaupteten Thatsachen des Beweises. Beweisen heißt, dem Richter die Ueberzeugung von der Wahrheit einer erheblichen Thatsache verschaffen. Das geschieht durch die Parteien unter Anwendung der Beweismittel (Zeugen, Sachverständige, Urkunden, Augenschein, Eid) nach den Vorschriften des Prozeßrechtes.

Die Rechtsvermuthungen im eigentlichen Sinne binden den Richter, eine bestimmte Thatsache für wahr anzunehmen, die sich kraft Schlußfolgerung aus einer andern ergiebt, sie binden ihn schlechthin (praesumptio juris et de jure) oder nur bis zum Beweise des Gegentheiles (praesumptio juris). Mit Rechtsvermuthung bezeichnet man aber auch den Inhalt der Vorschriften, die nicht kraft Schlußfolgerung

Digitized by Google

sondern schlechthin eine Thatsache als für den Richter gegeben hinstellen, bis ihre Unwahrheit bewiesen ist. Beide Kategorieen kennt das BGB. (z. B. 16. 18. 19. 20. 484. 891. 921. 938. 1006. 1362, Abs. 1. 1591. 1964).

B. Aus der Verhandlungsmaxime ergiebt sich, daß die Parteien (Kläger, Beklagter) alle Thatsachen, die für die richterliche Entscheidung von Erheblichkeit sind, behaupten und beweisen müssen. Freilich besteht weder Behauptungspflicht noch Beweispflicht, wohl aber *Behauptungslast* und *Beweislast*; nimmt die Partei diese Lasten nicht auf sich, so gefährdet sie ihren Erfolg im Urtheil. Was aber die Parteien, um ein ihnen günstiges Urtheil zu erlangen, behaupten müssen, ergiebt sich lediglich aus dem Privatrecht. So bringt die Vertheilung der Behauptungs- und Beweislast im Prozesse den Inhalt des Privatrechtes unmittelbar zum Ausdruck. Es erhellt aber auch, von welcher Wichtigkeit die Vertheilung der Behauptungs- und Beweislast für den endlichen Erfolg der Partei im Prozesse ist.

1. Für diese Vertheilung ergeben sich als *allgemeine Regeln*:

a. Der Kläger hat diejenigen Thatsachen zu behaupten und zu beweisen, die zum *Klaggrunde* (Bd. I, § 70) gehören, d. h. alle Thatsachen, die sein Klagbegehren an sich als begründet erscheinen lassen, also den Eintritt der sein Recht *begründenden Thatsachen*.

b. Der Beklagte hat zu behaupten und zu beweisen alle Thatsachen, die zum *Einredegrunde* (Bd. I, § 70) gehören, also die rechtshindernden Thatsachen (Willensmängel) und die rechtsaufhebenden Thatsachen (Zahlung), d. h. den Eintritt dieser Thatsachen; ferner die Thatsachen, die sein Gegenrecht an sich als begründet erscheinen lassen.

c. Entsprechend ergiebt sich die Behauptungs- und Beweislast für den replizirenden Kläger und den duplizirenden Beklagten.

Bei der Anwendung dieser Grundsätze ergiebt sich besonders die durch Auslegung der privatrechtlichen Vorschriften zu beseitigende Schwierigkeit der Feststellung, ob eine Thatsache rechtsbegründende oder rechtsaufhebende bez. rechtshindernde Bedeutung hat.

2. Bei der Wichtigkeit der Beweislast hat das BGB. in einigen Fällen *direkt* die Beweislast bestimmt (z. B. 179. 282. 442. 2336 ꝛc.), in anderen, zahlreicheren Fällen hat es *indirekt* durch die Fassung die Vertheilung der Beweislast zu erkennen gegeben (z. B. 109. 370. 460. 851 ꝛc.).

III. *Das rechtskräftige Urtheil.*

Ein rechtskräftiges Urtheil liegt dann vor, wenn es durch ein Urtheil höherer Instanz nicht mehr geändert werden kann, weil es

Digitized by Google

von der im konkreten Falle zulässigen höchsten Instanz ausgeht oder weil eine solche nicht mehr angerufen werden kann (CPO. 705)[1]. Das Urtheil hat die Rechtskraft, weil es wie das objektive Recht gilt, ohne Rücksicht auf seinen Inhalt, d. h. seine Uebereinstimmung mit dem objektiven Recht.

A. Die Bedeutung der Rechtskraft des Urtheiles ist zunächst eine verschiedene nach seinem Inhalte; entweder entscheidet das Urtheil über einen Anspruch oder ein Klagrecht. Im letzteren Falle ergeben sich Feststellungsurtheile und konstitutive Urtheile. Die vom konstituirenden Urtheile hervorzurufenden Wirkungen knüpfen sich auch an seine Rechtskraft (z. B. 1418. 1470. 1496. 1542. 1564. 2342). Die über einen privatrechtlichen Anspruch ergehenden Urtheile sind entweder kondemnatorische oder liberatorische. Der im kondemnatorischen Urtheil rechtskräftig festgestellte Anspruch (actio judicati) verjährt in 30 Jahren (218, vgl. aber CPO. § 258).

B. Die Rechtskraft des Urtheiles bewährt sich aber nicht nur darin, daß es einen Streit beendigt, sondern vornehmlich dadurch, daß es künftigen Streit, soweit seine Feststellungen reichen, abschneidet. Ein Anspruch, der im rechtskräftigen Urtheil abgewiesen ist, kann nicht in einem späteren Prozeß im Wege der Klage oder Vertheidigung geltend gemacht werden und ein Anspruch, der zuerkannt ist, kann nicht später bestritten werden. Die Rechtskraft des richterlichen Urtheiles würde im Prozeß die Bedeutung einer rechtsverneinenden Einrede haben: erhellt aus dem Prozeßstoff, daß schon ein rechtskräftiges Urtheil über dieselbe Sache vorliegt, so hat der Richter den Antrag der Partei auf Abweisung der Klage nicht abzuwarten. Dabei ist es gleichgültig, ob die entschiedene Sache auch Gegenstand des neuen Prozesses oder nur ein Inzidentpunkt in diesem ist. Wegen dieser Bedeutung der rechtskräftigen Entscheidung ist aber der Umfang der Rechtskraft festzustellen; sie hat objektive (inhaltliche) und subjektive Grenzen.

1. Die objektiven Grenzen der Rechtskraft.

Die Rechtskraft des Urtheiles erstreckt sich nur soweit, als über den erhobenen Anspruch im prozessualen Sinne, d. h. über das an den Richter gestellte Begehren, entschieden ist (CPO. § 322, Abs. 1).

a. Da ein Forderungsrecht durch seinen Entstehungsgrund, nicht durch seinen Gegenstand individualisirt wird, so bezieht sich das Urtheil auch nur auf das Forderungsrecht in dieser Individualisirung. Der

[1] Vgl. aber CPO. §§ 323. 324.

Digitized by Google

Klage auf denselben Gegenstand, aber aus anderem Erwerbsgrunde steht demnach die Rechtskraft des früheren Urtheiles nicht entgegen. Aber auch bei dinglichen Rechten muß, wenn man der in Bd. I, § 70 verwertheten Auffassung vom Klaggrunde (CPO. § 253) folgt, die entsprechende Beschränkung auf den besonderen im Prozeß geltend gemachten Erwerbsgrund angenommen werden.

b. Mit der Entscheidung über das an den Richter gestellte Begehren *kann* auch über Rechte, die der Beklagte dem klägerischen Rechte entgegenstellt, rechtskräftig entschieden sein. Es ist zu unterscheiden: die Behauptung eigenen Rechtes kann eine bloße Negirung des klägerischen Rechtes (z. B. der Klage des Eigenthümers auf Herausgabe wird die Behauptung eigenen Eigenthumes entgegengestellt), oder die Berufung auf ein unselbständiges Gegenrecht, d. h. eine zivilrechtliche Einrede (z. B. Zurückbehaltungsrecht, Bd. I, § 70) enthalten. Wird nun das klägerische Recht im Urtheil anerkannt, so ist auch Recht und Gegenrecht des Beklagten aberkannt. Wird die Klage abgewiesen, weil das Recht des Klägers nicht besteht, so ist über Recht und Gegenrecht des Beklagten überhaupt nicht rechtskräftig entschieden.

Macht nun aber der Beklagte ein *selbständiges Gegenrecht* geltend, z. B. das Aufrechnungsrecht, so ist, wenn Abweisung der Klage erfolgt, weil das klägerische Forderungsrecht nicht besteht, über die Gegenforderung gar nicht geurtheilt. Bestand dagegen die klägerische Forderung, so handelte es sich um die vollzogene Aufrechnung. Wird diese begründet befunden, so sind beide Forderungen durch Aufrechnung aufgehoben. Die klägerische Forderung wird abgewiesen in Höhe der Gegenforderung. Die Rechtskraft des Urtheiles erstreckt sich auch auf die Gegenforderung in Höhe der Forderung[1]. Wird nun aber die Aufrechnung als unbegründet verworfen, weil die Gegenforderung nicht besteht, so ist damit auch nur über das Nichtbestehen der Gegenforderung in *dem* Betrage, der zum Zwecke der Aufrechnung geltend gemacht ist, geurtheilt und Rechtskraft möglich (CPO. § 322, Abs. 3)[2].

Wird die Klage abgewiesen, weil eine *aufschiebende* oder *ausschließende privatrechtliche Einrede* entgegensteht, so ist im Falle aufschiebender Einrede über den Anspruch nur dahin erkannt, daß er *zur Zeit* nicht anerkannt werden könne, über die Einrede, daß sie zur Zeit des Urtheiles bestand. Weiter kann auch die Rechtskraft nicht wirken. Im Falle ausschließender Einrede ist

[1] Redlich, Zeitschr. f. d. Civilproz. Bd. 25 (1899) S. 357 ff.

[2] Goldschmidt, Arch. f. bürg. R. Bd. 15 (1898) S. 252 ff.

Digitized by Google

ebenfalls in dem abweisenden Urtheil nicht gesagt, daß der Anspruch nicht *bestehe*, sondern nur, daß die entgegengestellte Einrede seine Anerkennung verhindert habe und andrerseits, daß die Einrede für immer auch dem Anspruch entgegengestellt werden könne. In beiden Fällen berührt also die rechtskräftige Abweisung den Bestand des Anspruches nicht.

c. Inzidentpunkte werden von der Rechtskraft des Urtheiles über die Hauptsache nicht berührt. Es besteht aber nach CPO. § 280 die Möglichkeit, durch sog. Inzidentfeststellungsklage ein selbständiges rechtskräftiges Urtheil über den Inzidentpunkt hervorzurufen.

2. *Die subjektiven Grenzen.*

Es gilt die Regel, daß die Rechtskraft nur unter den Parteien des Prozesses wirkt (425. 429, CPO. § 325), sie wird aber durch eine Reihe von Ausnahmen durchbrochen.

a. Die Rechtskraft wirkt auch für und gegen die Rechtsnachfolger der Parteien, die nach der Rechtshängigkeit eingetreten sind. Betraf der Rechtsstreit eine Sache, so erstreckt sich die Rechtskraftwirkung auch auf diejenigen Personen, die den Besitz der Sache nach der Rechtshängigkeit in der Weise erlangt haben, daß eine der Parteien oder ihre Rechtsnachfolger den *mittelbaren* Besitz haben, also auf Diejenigen, welche die Sache von den Parteien oder ihren Rechtsnachfolgern zu Nießbrauch, Pfand, Leihe ꝛc. erhalten haben. Der gutgläubige Erwerber ist aber gegen die Rechtskraftwirkung geschützt. Wenn aber das Urtheil über einen Anspruch aus einer eingetragenen Reallast, Hypothek, Grund- oder Rentenschuld entscheidet, so wirkt das Urtheil in Ansehung des Grundstückes auch gegen den Erwerber des Grundstückes, der die Rechtshängigkeit beim Erwerb nicht kannte (CPO. § 325, vgl. §§ 76. 77).

b. Urtheile, die im Streit zwischen den *Vorerben* und dem Dritten über einen gegen den Vorerben als Erben gerichteten Anspruch oder über einen der Nacherbfolge unterliegenden Gegenstand ergehen, wirken, wenn sie vor Eintritt der Nacherbfolge rechtskräftig werden, für den *Nacherben*, *gegen* ihn nur, wenn der Vorerbe befugt ist, über den der Nacherbfolge unterliegenden Gegenstand zu verfügen (CPO. § 326, Bd. II, §§ 149. 150).

c. Für und gegen den Erben wirken Urtheile, die ergehen im Streit zwischen dem Testamentsvollstrecker und einem Dritten über ein der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegendes Recht oder über einen gegen den Nachlaß gerichteten Anspruch, wenn der

Digitized by Google

Testamentsvollstrecker zur Führung des Rechtsstreites berechtigt war (CPO. § 327, Bd. II, § 163).

d. Das auf Ehenichtigkeits-, Eheanfechtungsklage oder auf Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens einer Ehe ergehende Urtheil wirkt für und gegen Alle, wenn es bei Lebzeiten beider Ehegatten rechtskräftig wird. Handelt es sich aber um Nichtigkeit wegen des Ehehindernisses bestehender Ehe (1326), so wirkt das Urtheil, welches die Ehe als bestehend anerkennt, gegen den Ehegatten der früheren Ehe nur, wenn er am Rechtsstreite theilgenommen hat (CPO. § 629).

e. Urtheile zum Zwecke der Feststellung des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern (z. B. des Bestehens oder Nichtbestehens des Eltern- und Kindesverhältnisses überhaupt oder der elterlichen Gewalt der einen Partei über die andere, und die Klage zur Anfechtung der Ehelichkeit des Kindes oder der Anerkennung der Ehelichkeit) wirken, sofern die Rechtskraft bei Lebzeiten der Parteien eintritt, für und gegen Alle; wird aber im Urtheil das Bestehen des Eltern- und Kindesverhältnisses oder der elterlichen Gewalt festgestellt, so wirkt das Urtheil gegen einen Dritten, der diese Verhältnisse für sich in Anspruch nimmt, nur dann, wenn er am Rechtsstreit Theil genommen hat (CPO. §§ 640. 641. 643. 644).

f. In besonderer Weise bestimmt sich ferner die Wirkung der rechtskräftigen Urtheile, die im Streit zwischen einem der Ehegatten und Dritten ergehen, für und gegen den andern Ehegatten (1380. 1400. 1401. 1525. 1550)[1].

[1] Vgl. ferner CPO. §§ 856. 976, KO. § 147.

Digitized by Google

II. Buch.

Das Recht der Schuldverhältnisse.

I. Abschnitt.

Die allgemeinen Lehren.

1. Kapitel.

Begriff, Inhalt und Entstehung der Schuldverhältnisse.

§ 72.

Das Wesen des Schuldverhältnisses[1].

I. Das Schuldverhältniß (obligatio) ist ein Rechtsverhältniß zwischen zwei oder mehreren Personen, in welchem die eine Person (Gläubiger) von der andern (Schuldner) eine Leistung zu fordern berechtigt ist (241). Das Schuldverhältniß gewährt dem Gläubiger nur ein Anforderungsrecht gegen eine andere Person; dieses Forderungsrecht steht als persönliches Recht im Gegensatze zu den ding-

[1] Materialien: M. I. S. 370. M. II. S. 1 ff. 33 ff. 106. 298; IV. 732. P. I. S. 279 ff. II. S. 21 ff. 795 ff. VI. S. 38 f. 150. 498 f. BRK. (Drucksachen des Reichstages 1895/96 Nr. 440) S. 56.

Litteratur: **1888**: Klöppel, Gruch. Beitr., Bd. 32, S. 644 ff. 649. Bähr, Zur Beurtheilung, S. 180 ff. Hartmann, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 73, S. 353 ff. 365 ff. 374. Laband, ebenda, S. 170. Bekker, Beitr., H. 2, S. 34 ff. **1889**: Gierke, Der Entwurf, S. 103 ff. 184 ff. 191 ff. 199. 202 f. Derselbe, Die sociale Aufgabe d. Priv.-R. (Vortrag), S. 28 ff. 40 ff. Derselbe, Beitr., H. 18, S. 54 ff. Marcus, Gruch. Beitr., Bd. 33, S. 262. Fuchs, Das Wesen der Dinglichkeit, S. 41. 65 ff. Jacobi, Arch. f. bürg. R., Bd. 2, S. 55 ff. Goldschmidt, ebenda, Bd. 3. S. 111 ff. Baron, Jahrb. f. Nationalök. u. Stat., N. F., Bd. 19, S. 245 ff. Kindel, Das Recht an der Sache. Menger, Arch. f. sociale Gesetzgebung u. Stat., Bd. 2, S. 442 ff. Planck, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 75, S. 392. 407 ff. Hanausek, Jur. Tag 20, Bd. 1, S. 318. Opitz, Gutachten, S. 58 ff. Seuffert, Beitr. H. 11, S. 3 ff. 14. 34 ff. Fischer, Beitr., H. 6, S. 107. 117.

Digitized by Google

lichen Rechten. Das Schuldverhältniß schafft nur eine rechtliche Beziehung Einzelner zu Einzelnen (relatives Recht) im Gegensatze zu den absoluten Rechten. Als persönliches Recht steht es den Familienrechten nahe, welche aber die der natürlichen Gattungsgemeinschaft der Menschen entsprechenden Beziehungen zum Ausdrucke bringen, während im Schuldverhältniß die Betheiligten lediglich als Einzelindividuen auftreten. Außerdem fehlen nicht die Uebergänge zwischen den Forderungs- und absoluten Rechten: das Forderungsrecht kann auf Begründung absoluten Rechtes gerichtet sein; mit den absoluten Rechten verbinden sich Forderungsrechte; die Verletzung der absoluten Rechte führt zu Forderungsrechten; das Forderungsrecht geht bisweilen gegen Den, der in ein bestimmtes Verhältniß zur Sache tritt (actio in rem scripta, 810) und wirkt mitunter auch gegen Solche, die an der Begründung des Schuldverhältnisses nicht betheiligt sind (556, Abs. 3. 571, Abs. 1).

A. Das Schuldverhältniß ist ein Rechtsverhältniß von Person zu Person. Es begründet einen Anspruch des Gläubigers gegen den Schuldner auf Leistung und eine Verpflichtung des Schuldners zur Leistung. Darin erschöpft sich der allgemeine Inhalt des Schuldverhältnisses, der also für die Betrachtung zwei Seiten bietet: Forderung und Schuld. Die Forderung ist nicht ohne die Schuld, die Schuld nicht ohne die Forderung denkbar. Man bezeichnet weiter als Inhalt des Forderungsrechtes oder der Schuld Dasjenige, worin im Einzelnen die Macht des Gläubigers bez. die

---

1890: Boyens, GA., S. 699. Wendt, Jahrb. f. Dogm., Bd. 29, S. 42. 68 ff. Gebhart, GA., S. 251 ff. Martinius, GA., S. 68 ff. Reatz, GA. S. 1298 f. Jacoby, Annalen d. D. R., S. 35 ff. Heusler, Krit. VJhr. Schr., Bd. 32, S. 184 ff. Kindel, Jahrb. f. Dogm., Bd. 29, S. 417. Rocholl, Rechtsfälle, Bd. 2, S. 523 ff. Meisner, Das ALR. u. d. Entw., S. 123 f. 144 ff. 1891: Reinhold, Gruch. Beitr., Bd. 35, S. 235 ff. 1892: Jakubezky, Bemerkungen S. 49 f. 56. Falkmann, Jur. Tag 22, Bd. 1, S. 240 ff. Bunsen, Jur. Tag 22, Bd. 2, S. 29 ff. 1893: Jur. Tag 22, Bd. 4, S. 85 ff. 1896: Meisner, Krit. Bemerkungen, S. 81 ff. 1897: Bunsen I, §§ 39. 40. Stammler, D. Recht d. Schuldverhältnisse, S. 9 ff. 21 f. 28 ff. 1898: Goldmann-Lilienthal, S. 56 f. Ubbelohde, Jahrb. f. Dogm., Bd. 38, S. 216 ff. Otto, Sächs. Arch. Bd. 8, S. 643 f. 646 f. Stobbe-Lehmann III, §§ 209—213. 224. Weyl, § 64. Mandry-Geib, § 41. 1899: Kuhlenbeck, Von den Pand. II, §§ 1. 2. Cosack I, § 80. Krückmann §§ 34. 35. Endemann I, §§ 95. 96. 98. 99. 101. 165. v. Buchka, § 10. Dernburg, Das bürgerl. Recht II, §§ 1—6.

Digitized by Google

Verpflichtung des Schuldners besteht. Darin liegt aber nur eine Spezialisirung des Inhaltes des Schuldverhältnisses.

Vielfach spricht man auch von einem Gegenstande des Schuldverhältnisses, des Forderungsrechtes oder der Verpflichtung. Zum Theil hängt diese Terminologie zusammen mit der Auffassung von der rechtlichen Natur der Schuldverhältnisse. Von der zuvor gegebenen Definition aus giebt es keinen Gegenstand des Schuldverhältnisses in dem Sinne wie bei dinglichen Rechtsverhältnissen. Das Schuldverhältniß haftet nicht an einer körperlichen Sache, es haftet auch nicht an der Person des Schuldners wie das dingliche Recht an einer körperlichen Sache. Soll nicht der Gegenstand des Schuldverhältnisses identisch sein mit dem Inhalt desselben, so kann der Gegenstand nur Das bezeichnen, was der Gläubiger zu fordern berechtigt und wozu der Schuldner verpflichtet ist. Gegenstand ist dann das Verhalten des Schuldners, „die Leistung". Deshalb kann man auch sagen, Gegenstand des Forderungsrechtes ist die Handlung des Schuldners, die Leistung. Als das Wesentliche stellt sich hier aber Das heraus, was durch die Handlung bewirkt werden soll, d. h. das zu Leistende. Und so kann man auch den Inhalt der Leistung als Gegenstand der Obligation bezeichnen. Richtiger vermeidet man den Ausdruck Gegenstand des Schuldverhältnisses oder des Forderungsrechtes ganz und spricht nur vom Gegenstande der Leistung.

B. Das Schuldverhältniß giebt dem Gläubiger nur ein Recht, vom Schuldner ein bestimmtes Verhalten fordern zu können. Besteht also der Gegenstand der Leistung in der Verschaffung des Rechtes an bestimmten Sachen, so tritt der Gläubiger zu diesen Sachen in keine rechtliche Beziehung (jus ad rem). Erwirbt sie daher ein Dritter vom Schuldner, selbst in Kenntniß der Verpflichtung, so hat der Gläubiger keinen Anspruch gegen diesen Dritten, und der Erwerb des Dritten wird durch die bestehende Verpflichtung nicht gehindert. Weiter folgt daraus, daß der Schuldner sich zu einer und derselben Leistung mehreren Gläubigern selbständig verpflichten kann, ohne daß der Bestand der einen Verpflichtung die andere und deren Realisirung ausschließt.

C. Die Schuldverhältnisse gehören zu den Vermögensrechtsverhältnissen, weil regelmäßig der Gegenstand der Leistung Vermögenswerth hat und einen Posten im Vermögen (Nachlaß) des Gläubigers und Schuldners bildet, aber nicht, weil er Vermögenswerth haben muß (vgl. Bd. I, §§ 17. 73). Die Forderungen auf vermögenswerthe

Digitized by Google

lichen Rechten. Das Schuldverhältniß schafft nur eine rechtliche Beziehung Einzelner zu Einzelnen (relatives Recht) im Gegensatze zu den absoluten Rechten. Als persönliches Recht steht es den Familienrechten nahe, welche aber die der natürlichen Gattungsgemeinschaft der Menschen entsprechenden Beziehungen zum Ausdrucke bringen, während im Schuldverhältniß die Betheiligten lediglich als Einzelindividuen auftreten. Außerdem fehlen nicht die Uebergänge zwischen den Forderungs- und absoluten Rechten: das Forderungsrecht kann auf Begründung absoluten Rechtes gerichtet sein; mit den absoluten Rechten verbinden sich Forderungsrechte; die Verletzung der absoluten Rechte führt zu Forderungsrechten; das Forderungsrecht geht bisweilen gegen Den, der in ein bestimmtes Verhältniß zur Sache tritt (actio in rem scripta, 810) und wirkt mitunter auch gegen Solche, die an der Begründung des Schuldverhältnisses nicht betheiligt sind (556, Abs. 3. 571, Abs. 1).

A. Das Schuldverhältniß ist ein Rechtsverhältniß von Person zu Person. Es begründet einen Anspruch des Gläubigers gegen den Schuldner auf Leistung und eine Verpflichtung des Schuldners zur Leistung. Darin erschöpft sich der allgemeine Inhalt des Schuldverhältnisses, der also für die Betrachtung zwei Seiten bietet: Forderung und Schuld. Die Forderung ist nicht ohne die Schuld, die Schuld nicht ohne die Forderung denkbar. Man bezeichnet weiter als Inhalt des Forderungsrechtes oder der Schuld Dasjenige, worin im Einzelnen die Macht des Gläubigers bez. die

---

1890: Boyens, GA., S. 699. Wendt, Jahrb. f. Dogm., Bd. 29, S. 42. 68 ff. Gebhart, GA., S. 251 ff. Martinius, GA., S. 68 ff. Reatz, GA. S. 1298 f. Jacoby, Annalen d. D. R., S. 35 ff. Heusler, Krit. VJhr. Schr., Bd. 32, S. 184 ff. Kindel, Jahrb. f. Dogm., Bd. 29, S. 417. Rocholl, Rechtsfälle, Bd. 2, S. 523 ff. Meisner, Das ALR. u. d. Entw., S. 123 f. 144 ff. 1891: Reinhold, Gruch. Beitr., Bd. 35. S. 235 ff. 1892: Jakubezky, Bemerkungen S. 49 f. 56. Falkmann, Jur. Tag 22, Bd. 1, S. 240 ff. Bunsen, Jur. Tag 22, Bd. 2, S. 29 ff. 1893: Jur. Tag 22, Bd. 4, S. 85 ff. 1896: Meisner, Krit. Bemerkungen, S. 81 ff. 1897: Bunsen I, §§ 39. 40. Stammler, D. Recht d. Schuldverhältnisse, S. 9 ff. 21 f. 28 ff. 1898: Goldmann-Lilienthal, S. 56 f. Ubbelohde, Jahrb. f. Dogm., Bd. 38, S. 216 ff. Otto, Sächs. Arch. Bd. 8, S. 643 f. 646 f. Stobbe-Lehmann III, §§ 209–213. 224. Weyl, § 64. Mandry-Geib, § 41. 1899: Kuhlenbeck, Von den Pand. II, §§ 1. 2. Cosack I, § 80. Krückmann §§ 34. 35. Endemann I, §§ 95. 96. 98. 99. 101. 165. v. Buchka, § 10. Dernburg, Das bürgerl. Recht II, §§ 1—6.

Digitized by Google

Verpflichtung des Schuldners besteht. Darin liegt aber nur eine Spezialisirung des Inhaltes des Schuldverhältnisses.

Vielfach spricht man auch von einem Gegenstande des Schuldverhältnisses, des Forderungsrechtes oder der Verpflichtung. Zum Theil hängt diese Terminologie zusammen mit der Auffassung von der rechtlichen Natur der Schuldverhältnisse. Von der zuvor gegebenen Definition aus giebt es keinen Gegenstand des Schuldverhältnisses in dem Sinne wie bei dinglichen Rechtsverhältnissen. Das Schuldverhältniß haftet nicht an einer körperlichen Sache, es haftet auch nicht an der Person des Schuldners wie das dingliche Recht an einer körperlichen Sache. Soll nicht der Gegenstand des Schuldverhältnisses identisch sein mit dem Inhalt desselben, so kann der Gegenstand nur Das bezeichnen, was der Gläubiger zu fordern berechtigt und wozu der Schuldner verpflichtet ist. Gegenstand ist dann das Verhalten des Schuldners, „die Leistung". Deshalb kann man auch sagen, Gegenstand des Forderungsrechtes ist die Handlung des Schuldners, die Leistung. Als das Wesentliche stellt sich hier aber Das heraus, was durch die Handlung bewirkt werden soll, d. h. das zu Leistende. Und so kann man auch den Inhalt der Leistung als Gegenstand der Obligation bezeichnen. Richtiger vermeidet man den Ausdruck Gegenstand des Schuldverhältnisses oder des Forderungsrechtes ganz und spricht nur vom Gegenstande der Leistung.

B. Das Schuldverhältniß giebt dem Gläubiger nur ein Recht, vom Schuldner ein bestimmtes Verhalten fordern zu können. Besteht also der Gegenstand der Leistung in der Verschaffung des Rechtes an bestimmten Sachen, so tritt der Gläubiger zu diesen Sachen in keine rechtliche Beziehung (jus ad rem). Erwirbt sie daher ein Dritter vom Schuldner, selbst in Kenntniß der Verpflichtung, so hat der Gläubiger keinen Anspruch gegen diesen Dritten, und der Erwerb des Dritten wird durch die bestehende Verpflichtung nicht gehindert. Weiter folgt daraus, daß der Schuldner sich zu einer und derselben Leistung mehreren Gläubigern selbständig verpflichten kann, ohne daß der Bestand der einen Verpflichtung die andere und deren Realisirung ausschließt.

C. Die Schuldverhältnisse gehören zu den Vermögensrechtsverhältnissen, weil regelmäßig der Gegenstand der Leistung Vermögenswerth hat und einen Posten im Vermögen (Nachlaß) des Gläubigers und Schuldners bildet, aber nicht, weil er Vermögenswerth haben muß (vgl. Bd. I, §§ 17. 73). Die Forderungen auf vermögenswerthe

Digitized by Google

Leistung sind die wichtigsten und zahlreichsten. Bei ihnen findet sich auch regelmäßig die Eigenschaft der Vererblichkeit, der Uebertragbarkeit, und es können sich Rechtsverhältnisse an sie anknüpfen, die den dinglichen ähnlich sind, wie z. B. Nießbrauch und Pfandrecht.

D. Kommt der Schuldner seiner Verpflichtung nicht nach, so bietet das Recht dem Gläubiger Mittel zur Verwirklichung seines Rechtes: Selbsthülfe, Klage gegen den Schuldner, Zwangsvollstreckung in dessen Vermögen. Diese Zwangsfolgen sind dem Forderungsrecht nicht eigenthümlich und daher für seinen Begriff nicht entscheidend. Sie sind selbständigen Charakters, werden allerdings durch das Wesen des Schuldverhältnisses mitbestimmt, decken sich aber keineswegs mit seinem Inhalte, sondern bleiben zumeist hinter ihm zurück. Besonders tritt auch da, wo dem Gläubiger Klage und Zwangsvollstreckung versagt (Naturobligation, vgl. II.) oder nur beschränkt gewährt ist (beschränkte Haftung III., Einrede des Nothbedarfes IV.), nichtsdestoweniger das Wesen des Schuldverhältnisses unverändert hervor. Das Schuldverhältniß geht also nicht in einer Pfandhaftung des schuldnerischen Vermögens auf, und ebenso ist die Auffassung abzulehnen, nach der neben die Verpflichtung der Person des Schuldners als wesentliches Moment die Verhaftung seines Vermögens treten soll.

II. Die natürliche Verbindlichkeit.

Für die hierher gehörigen Fälle hat man die Bezeichnung „unvollkommene Schuldverhältnisse" vorgeschlagen. Der Ausdruck ist wenig zutreffend, weil er die Vorstellung erweckt, als fehle es an einem wesentlichen Element des Schuldverhältnisses. Der farblose Ausdruck „natürliche Verbindlichkeit" ist besser. Bei allen natürlichen Verbindlichkeiten besteht das Forderungsrecht des Gläubigers und die Verpflichtung des Schuldners zur Leistung; es ist aber dem Gläubiger die Klage auf Leistung in allen Fällen versagt. Abgesehen davon liegen die einzelnen Fälle verschieden. Natürliche Verbindlichkeiten kennt das BGB. in folgenden Fällen:

A. Der Spiel- und Wettvertrag erzeugt, auch soweit er nicht verboten ist, keine klagbare Verbindlichkeit auf Erfüllung. Nur kann die Rückforderung des zur Erfüllung Geleisteten nicht damit begründet werden, daß ein Schuldverhältniß nicht bestanden habe. Die Leistung des Schuldners, die in Kenntniß der Klaglosigkeit erfolgt, ist also Erfüllungsleistung; die im Irrthum über die Klaglosigkeit geschehene Leistung begründet keine condictio indebiti (762, Abs. 1). Die Aufrechnung der Spielforderung ist aber ausge-

Digitized by Google

schlossen. Ebenso liegt es beim Ausspiel- und Lotterievertrage und beim Differenzgeschäft (763. 764).

B. Ein Versprechen eines Maklerlohnes für den Nachweis der Gelegenheit zur Eingehung einer Ehe oder für die Vermittelung des Zustandekommens einer Ehe ist nicht verbindlich. Auch hier ist aber die Rückforderung des Geleisteten ausgeschlossen. Ein Anerkenntniß der Schuld sowie jede andere Vereinbarung, durch die der andere Theil sich dem Makler gegenüber zur Erfüllung des Versprechens verpflichtet, ist gültig, aber nur mit der gleichen abgeschwächten Wirkung (656).

C. Die Rückforderung des Nichtgeschuldeten (condictio indebiti) ist ausgeschlossen, wenn die Leistung einer sittlichen Pflicht oder einer Anstandsrücksicht entsprach (814, vgl. 812, Abs. 2).

D. Der Anspruch auf Ersatz der Verwendungen kann vom Besitzer einer Sache oder der Erbschaft zunächst nur durch Zurückbehaltung geltend gemacht werden. Klagbar wird der Anspruch erst unter gewissen weiteren Voraussetzungen (1000. 1001. 1003. 2022).

E. Gewährt der Vater oder die Mutter dem Kinde, ohne dazu verpflichtet zu sein, eine Ausstattung, so ist diese Zuwendung insoweit keine Schenkung, als sie das den Umständen, besonders den Vermögensverhältnissen des Vaters oder der Mutter entsprechende Maß nicht übersteigt. Die Gewährung der Ausstattung ist also als Erfüllung zu behandeln, wenn sie in Kenntniß der nicht bestehenden Verpflichtung erfolgte. Dagegen wäre die condictio indebiti begründet bei Irrthum über die Verpflichtung. Die Gewährleistungspflicht bestimmt sich aber nach den Grundsätzen über die Schenkung (1624).

F. In gewissen Fällen wird die sittliche oder Anstandspflicht zu Schenkungen dadurch anerkannt, daß Einwilligungsrechte und sonstige gesetzliche Schranken bei diesen Schenkungen fortfallen (1446, Abs. 2. 1641. 1804. 2113, Abs. 2. 2330). Derartige Schenkungen unterliegen nicht der Rückforderung und dem Widerrufe (534).

G. Hierher gehört auch die Erscheinung, daß die Nichtigkeit eines Schuldversprechens, die sich auf den Mangel der Form zurückführt, durch Erfüllung geheilt wird (313. 518. 766) und daß sich an diese Schuldversprechen (518. 766) auch ein vertragsmäßiges Schuldanerkenntniß (780. 781) anschließen kann.

H. Wird auf eine verjährte Schuld in Kenntniß der Verjährung vom Schuldner geleistet, so liegt Zahlung vor; erfolgte die Leistung in Unkenntniß der Verjährung, so ist die Rückforderung (812 ff.) aus-

Digitized by Google

geschlossen. Sich anschließende Pfandbestellung, Verbürgung und vertragsmäßiges Schuldanerkenntniß sind gültig (vgl. aber 768). In Betreff der Aufrechnung mit verjährten Forderungen vgl. 390, Satz 2. 479. 490, Abs. 3 (222, Abs. 2).

J. Aus dem sonstigen Reichsrecht kämen noch hinzu die Verbindlichkeit des Schuldners aus einem präjudicirten Wechsel (WO. Art. 83) und die des Konkursschuldners nach Zwangsvergleich (KO. § 193). Dagegen läßt die unrichtige rechtskräftige Klageabweisung eine natürliche Verbindlichkeit nicht zurück.

Allgemeine Vorschriften kennt also das Gesetz nicht, sondern nur Einzelfälle mit besonderer Regelung, deren analoge Anwendung freilich nicht ausgeschlossen ist. Der allgemeine Satz ist aber nach dem BGB. abzulehnen, daß Leistung in Erfüllung sittlicher oder auf Grund einer rein im Naturrecht oder allgemeinen Rechtsbewußtsein begründeten Pflicht als Erfüllungsleistung zu gelten habe und daß in solchen Fällen die condictio indebiti ausgeschlossen sei.

III. *Schuldverhältnisse mit beschränkter Haftung.*

Die beschränkte Haftung im eigentlichen Sinne steht im Gegensatze zur *persönlichen*, d. h. der Haftung mit dem ganzen Vermögen.

Von einer beschränkten Haftung spricht man aber in verschiedenem Sinne: [1].

A. In gewissen Schuldverhältnissen ist der Schuldner von vornherein nur *in einer bestimmten Höhe* verpflichtet, haftet in dieser Begrenzung aber mit seinem ganzen Vermögen, d. h. persönlich. Daher kann auch nur in Höhe der so begrenzten Verbindlichkeit Zwangsvollstreckung erfolgen (702). Diese Fälle gehören nicht hierher.

B. In anderen Fällen hat sich aber die Zwangsvollstreckung auf *ganz bestimmte Vermögensobjekte* des Schuldners zu beschränken. Dahin gehört die Haftung des Erben mit dem Inventarrecht (1975. 1994), Desjenigen, der ein Vermögen eines Andern übernimmt (419), die beschränkte Haftung beim landesrechtlichen Institut der Familienfideikommisse (EG. Art. 59 ff.)

C. Auch ein *Vertrag*, durch den die Zwangsvollstreckung von bestimmten Vermögensgegenständen des Schuldners ferngehalten wird,

---

[1] Eine gewisse Einschränkung der Gläubiger tritt ein im Falle des Konkurses (bes. im Zwangsvergleich) und durch die Bestimmungen der CPO. über die Beschränkungen der Zwangsvollstreckung.

Digitized by Google

ist, von Arglist abgesehen, gültig, soweit ein Vertrag mit unbestimmter Leistung gültig ist[1].

D. In vereinzelten Fällen kann sich der Schuldner durch Preisgebung bestimmter Vermögensgegenstände (Abandon) von seiner Verpflichtung befreien (HGB. §§ 501. 861).

IV. Die Rechtswohlthat des Nothbedarfes.

Das gemeinrechtliche beneficium competentiae war, weil es sich um eine materielle Einschränkung des Gläubigerrechtes handelte, durch die Vorschriften der CPO. über die Schranken der Vollstreckung nicht beseitigt. Der E. I. hatte aber das beneficium gänzlich abgelehnt (M. II. S. 298, IV. 732). Das BGB. hat es in einigen Fällen anerkannt:

A. bei der Schenkung.

1. Der Schenker kann die Erfüllung eines Schenkungsversprechens verweigern, soweit er außer Stande ist, dasselbe ohne Gefährdung seines standesgemäßen Unterhaltes und ohne Gefährdung der ihm kraft Gesetzes obliegenden Unterhaltspflichten zu erfüllen. Unter konkurrirenden Ansprüchen mehrerer Beschenkter entscheidet die Priorität der Entstehung des Anspruches. Bei Feststellung des Nothbedarfes werden die sonstigen Verpflichtungen des Schenkers mit berücksichtigt (519)[2].

2. Das Gleiche gilt von dem Beschenkten, wenn gegen ihn der Anspruch auf Rückgabe des Geschenkes geltendgemacht wird (529).

B. Unzurechnungsfähige Personen (827. 828), die auf billige Schadloshaltung haften, obwohl sie nicht verantwortlich sind, haben solche zu leisten, soweit ihnen dadurch nicht die Mittel entzogen werden, deren sie zum standesgemäßen Unterhalt sowie zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Unterhaltspflichten bedürfen. Diese Personen haften aber erst subsidiär nach den Personen, die zur Aufsicht über sie verpflichtet waren (829).

C. Die gleiche Rechtswohlthat steht zu gewissen Unterhaltspflichtigen in besonderer Abgrenzung (1579. 1603—1605. 1608) und

D. dem aussteuerpflichtigen Vater (1620).

V. Ueber den Anspruch auf Minderung einer unverhältnißmäßig hohen Vertragsstrafe (343) vgl. Bd. I, § 89.

[1] Weitere Fälle der beschränkten Haftung kennt das Handels- und Seerecht, z. B. HGB. 171. 486. 679.

[2] Nach Vollziehung der Schenkung hat der Schenker den Anspruch auf Herausgabe (Bereicherungsanspruch), wenn sein standesgemäßer Unterhalt oder die gesetzliche Alimentation gegen Verwandte und Ehegatten von ihm nicht mehr bestritten werden kann (528).

Digitized by Google

geschlossen. Sich anschließende Pfandbestellung, Verbürgung und vertragsmäßiges Schuldanerkenntniß sind gültig (vgl. aber 768). In Betreff der Aufrechnung mit verjährten Forderungen vgl. 390, Satz 2. 479. 490, Abs. 3 (222, Abs. 2).

J. Aus dem sonstigen Reichsrecht kämen noch hinzu die Verbindlichkeit des Schuldners aus einem präjudicirten Wechsel (WO. Art. 83) und die des Konkursschuldners nach Zwangsvergleich (KO. § 193). Dagegen läßt die unrichtige rechtskräftige Klageabweisung eine natürliche Verbindlichkeit nicht zurück.

Allgemeine Vorschriften kennt also das Gesetz nicht, sondern nur Einzelfälle mit besonderer Regelung, deren analoge Anwendung freilich nicht ausgeschlossen ist. Der allgemeine Satz ist aber nach dem BGB. abzulehnen, daß Leistung in Erfüllung sittlicher oder auf Grund einer rein im Naturrecht oder allgemeinen Rechtsbewußtsein begründeten Pflicht als Erfüllungsleistung zu gelten habe und daß in solchen Fällen die condictio indebiti ausgeschlossen sei.

III. *Schuldverhältnisse mit beschränkter Haftung.*

Die beschränkte Haftung im eigentlichen Sinne steht im Gegensatze zur *persönlichen*, d. h. der Haftung mit dem ganzen Vermögen.

Von einer beschränkten Haftung spricht man aber in verschiedenem Sinne: [1].

A. In gewissen Schuldverhältnissen ist der Schuldner von vornherein nur *in einer bestimmten Höhe* verpflichtet, haftet in dieser Begrenzung aber mit seinem ganzen Vermögen, d. h. persönlich. Daher kann auch nur in Höhe der so begrenzten Verbindlichkeit Zwangsvollstreckung erfolgen (702). Diese Fälle gehören nicht hierher.

B. In anderen Fällen hat sich aber die Zwangsvollstreckung auf *ganz bestimmte Vermögensobjekte* des Schuldners zu beschränken. Dahin gehört die Haftung des Erben mit dem Inventarrecht (1975. 1994), Desjenigen, der ein Vermögen eines Andern übernimmt (419), die beschränkte Haftung beim landesrechtlichen Institut der Familienfideikommisse (EG. Art. 59 ff.)

C. Auch ein *Vertrag*, durch den die Zwangsvollstreckung von bestimmten Vermögensgegenständen des Schuldners ferngehalten wird,

[1] Eine gewisse Einschränkung der Gläubiger tritt ein im Falle des Konkurses (bes. im Zwangsvergleich) und durch die Bestimmungen der CPO. über die Beschränkungen der Zwangsvollstreckung.

Digitized by Google

ist, von Arglist abgesehen, gültig, soweit ein Vertrag mit unbestimmter Leistung gültig ist[1].

D. In vereinzelten Fällen kann sich der Schuldner durch Preisgebung bestimmter Vermögensgegenstände (Abandon) von seiner Verpflichtung befreien (HGB. §§ 501. 861).

IV. Die Rechtswohlthat des Nothbedarfes.

Das gemeinrechtliche beneficium competentiae war, weil es sich um eine materielle Einschränkung des Gläubigerrechtes handelte, durch die Vorschriften der CPO. über die Schranken der Vollstreckung nicht beseitigt. Der E. I. hatte aber das beneficium gänzlich abgelehnt (M. II. S. 298, IV. 732). Das BGB. hat es in einigen Fällen anerkannt:

A. bei der Schenkung.

1. Der Schenker kann die Erfüllung eines Schenkungsversprechens verweigern, soweit er außer Stande ist, dasselbe ohne Gefährdung seines standesgemäßen Unterhaltes und ohne Gefährdung der ihm kraft Gesetzes obliegenden Unterhaltspflichten zu erfüllen. Unter konkurrirenden Ansprüchen mehrerer Beschenkter entscheidet die Priorität der Entstehung des Anspruches. Bei Feststellung des Nothbedarfes werden die sonstigen Verpflichtungen des Schenkers mit berücksichtigt (519)[2].

2. Das Gleiche gilt von dem Beschenkten, wenn gegen ihn der Anspruch auf Rückgabe des Geschenkes geltendgemacht wird (529).

B. Unzurechnungsfähige Personen (827. 828), die auf billige Schadloshaltung haften, obwohl sie nicht verantwortlich sind, haben solche zu leisten, soweit ihnen dadurch nicht die Mittel entzogen werden, deren sie zum standesgemäßen Unterhalt sowie zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Unterhaltspflichten bedürfen. Diese Personen haften aber erst subsidiär nach den Personen, die zur Aufsicht über sie verpflichtet waren (829).

C. Die gleiche Rechtswohlthat steht zu gewissen Unterhaltspflichtigen in besonderer Abgrenzung (1579. 1603—1605. 1608) und

D. dem aussteuerpflichtigen Vater (1620).

V. Ueber den Anspruch auf Minderung einer unverhältnißmäßig hohen Vertragsstrafe (343) vgl. Bd. I, § 89.

[1] Weitere Fälle der beschränkten Haftung kennt das Handels- und Seerecht, z. B. HGB. 171. 486. 679.

[2] Nach Vollziehung der Schenkung hat der Schenker den Anspruch auf Herausgabe (Bereicherungsanspruch), wenn sein standesgemäßer Unterhalt oder die gesetzliche Alimentation gegen Verwandte und Ehegatten von ihm nicht mehr bestritten werden kann (528).

Digitized by Google

§ 73.

Gegenstand der Leistung im Allgemeinen[1].

Der Gegenstand der Leistung bedarf einer allgemeinen Erörterung besonders in drei Richtungen: es fragt sich zunächst, was Gegenstand eines Schuldverhältnisses sein könne (I. II.), sodann wie die Bestimmung getroffen werden müsse (III.) und endlich, welchen Einfluß die Gegenstände auf das Schuldverhältniß selbst ausüben (IV. V. VI.).

I. Die Leistung kann in einem positiven Thun, Dulden oder Unterlassen des Schuldners bestehen (241). Die Leistungen, die in einem positiven Thun bestehen, können zum Ziele einen rechtlichen Erfolg haben (Begründung von Eigenthum oder dinglichen Rechten, Befreiung von dinglichen Lasten oder persönlichen Verbindlichkeiten) oder einen rein thatsächlichen, z. B. Dienste; die Leistung kann eine einmalige Handlung oder eine dauernde sein; sie kann eine einfache

---

[1] Materialien: M. II. S. 5. 26 ff. 44 ff. 153 f. 176 ff. 192. P. I. S. 279 ff. 314 f. 430. 448 ff. 464 ff. 620 ff. 623 ff. VI, S. 150 ff.

Litteratur: 1888: Laband, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 73, S. 170 ff. Hartmann, ebenda, S. 318. 370 ff. 377. Bekker, Beitr., H. 2, S. 29 ff. Bähr, Zur Beurtheilung, S. 54. 1889: Goldschmidt, Krit. Erörterungen, S. 84 ff. 171. Seuffert, Beitr., H. 11, S. 4 ff. 56 f. Fischer, Beitr., H. 6, S. 79 ff. Gierke, Der Entw., S. 194 ff. Derselbe, Beitr., H. 18, S. 105. Brückner, Bl. f. Rechtspflege in Thür., Bd. 36, S. 102 ff. Hölder, Ueber den Entw. e. BGB., S. 22. 27. Laband, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 74, S. 3 ff. 17. Weismann, ebenda, S. 422 ff. Neumann, Gruch. Beitr., Bd. 33, S. 396 ff. Meischeider, Beitr., H. 3, S. 40 f. 1890: Hachenburg, GA., S. 110 ff. Jacoby, Annalen d. d. R., S. 36 ff. 44 ff. 858 ff. 864. Kohler, Arch. f. bürg. R., Bd. 3, S. 243. Zitelmann, Beitr., H. 9/10, S. 56. 58 ff. 141. 183. Rümelin, Jahrb. f. Dogm., Bd. 28, S. 478 ff. 1891: Reinhold, Gruch. Beitr., Bd. 35, S. 238 ff. 1892: Bähr, Gegenentw., S. 70. Grützmann, Sächs. Arch., Bd. 2, S. 213. 219 f. 747. Jakubezky, Bemerkungen, S. 50. 56. 76 f. 80 f. 1894: Cretschmar, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 82, S. 107 ff. 112 ff. 1895: Hellwig, Ueber die Grenzen der Vertragsmöglichkeit (Rede), (auch: Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 86 [1896], S. 223 ff.). 1897: Bunsen I, §§ 40. 50, Kohler, Arch. f. bürg. R., Bd. 12, S. 1 ff. Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse, S. 1 ff. 108. 156 ff. 1898: Goldmann-Lilienthal, S. 99 ff. Otto, Sächs. Arch. Bd. 8, S. 643 ff. 675. 708 ff. Hachenburg, Das BGB., S. 42 f. Leske, §§ 41. 46. Weyl I, §§ 65. 69. v. Thur, Zeitschr. f. d. Priv.- u. öff. R., Bd. 25, S. 1 ff. Melliger, Culpa in contrahendo. 1899: Kuhlenbeck, Von den Pand. ꝛc. II, §§ 4. 5. 6. Cosack I, §§ 80. 84. 85. 98—101. Endemann I, §§ 102. 103. 117. 120. 127. v. Buchka, §§ 10. 11. Krückmann, §§ 34. 35. Dernburg, Das bürgerliche Recht II, §§ 1. (S. 3.) 6. 7. 9. 10. 46. 47. 60. 61. 84—87.

Digitized by Google

oder zusammengesetzte sein. Mehrere Leistungen sind eine zusammengesetzte, wenn sie durch ein und denselben das Schuldverhältniß begründenden Akt vereinigt sind, und wenn nach dem Parteiwillen nur einheitliche Leistung erfolgen soll. Die praktische Bedeutung dieser Unterscheidung würde sich z. B. beim Verzuge des Gläubigers zeigen.

II. An der Leistung muß:

A. Objektiv betrachtet ein schutzwürdiges Interesse des Gläubigers denkbar sein. Vermögenswerth der Leistung ist nicht erforderlich. Verlangt man ein solches objektives Vermögensinteresse, so versteht man dasselbe bald in engerem, bald in weiterem Umfange. Ein Vermögensinteresse kann einmal darin liegen, daß die Leistung so beschaffen ist, daß durch ihre Erbringung das Vermögen des Gläubigers eine Vermehrung erfahren würde (Vermögensinteresse im engeren Sinne), oder darin, daß die Leistung eine solche ist, die im Verkehre einer Geldschätzung unterliegt, d. h. regelmäßig für Geld beschafft wird (Vermögensinteresse im weiteren Sinne). Das Gesetz verlangt Beides nicht, sondern nur ein schutzwürdiges Interesse des Gläubigers. Damit ist zunächst die Befriedigung der Laune vom Gebiete der Schuldverhältnisse ausgeschlossen, wie vom Rechtsgebiete überhaupt. Das Recht greift aber, wie überhaupt, so auch hier nicht hinüber auf das Gebiet der Sitte, des Anstandes und der Moral. Rechtliche Bindung zur Verwirklichung der auf diesen Gebieten liegenden Interessen ist auch nach dem BGB. ohne rechtliche Kraft. Daß das BGB. ein schutzwürdiges Interesse des Gläubigers genügen läßt, folgt aus dem Schweigen des Gesetzes (241), aus den Materialien, aus der grundsätzlichen Anerkennung der Vertragsfreiheit und aus anderen positiven Aussprüchen des Gesetzes (343. 344. 2373), während aus der Gestaltung der Exekution begründete Einwände gegen diese Auslegung des Gesetzes sich nicht herleiten lassen[1].

B. Das Interesse des Gläubigers muß aber subjektiv nicht ein eigenes sein. Hat also die Leistung objektiv Vermögenswerth, so ist nicht auch ein subjektives Vermögensinteresse des Gläubigers zu verlangen. Erfüllung und Nichterfüllung können für das Ver-

[1] Diese Auffassung wird vertreten u. A. von Kohler, Planck, Cosack, Stammler, v. Tuhr, Kuhlenbeck, a. a. O., a. a. O. Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte (1897) S. 8 ff. Dagegen bekämpft u. A. von Hellmann, Krit. V.J.Schr. Bd. 41 (1899) S. 213. 223 ff. Hellwig, a. a. O. Oertmann, Arch. f. bürgerl. R. Bd. 12 (1897) S. 280. Derselbe, Komment. S. 2, unter Z. 4 und zu 241. Endemann, a. a. O. Dernburg, a. a. O. II. § 84.

Digitized by Google

mögen des Gläubigers gleichgültig sein; es liegt ein vollgültiges Schuldverhältniß vor, wenn der Vortheil aus der Leistung oder die Leistung selbst einem Dritten zukommen soll. Man nennt die hierher gehörigen Verträge altruistische Verträge, z. B. das Versprechen an eine Anstalt, welche die Verpflichtung übernimmt, arme Kranke zur Heilung unentgeltlich aufzunehmen. Bei den Verträgen zu Gunsten Dritter ist dementsprechend eigenes Vermögensinteresse des Promissars nicht erforderlich. Das Interesse des Gläubigers ist so nur das Motiv, aus dem heraus er handelt, er hat es in der Klage weder zu behaupten noch zu beweisen, noch ist es im Urtheil festzustellen. Eigenes Interesse ist aber Voraussetzung einer Schadensersatzforderung. Als eigenes Interesse muß ein indirektes Interesse an der Erfüllung genügen. Es kann z. B. der Mandatar seinem befugterweise angenommenen Untermandatar gegenüber das Interesse des Mandanten insofern geltendmachen, als er diesem haftbar ist, er kann also Befreiung von dieser Haftung verlangen[1].

C. Von Bedeutung ist auch, in welchem Stärkeverhältniß die Interessen der Vertragsparteien zu einander stehen. Dieses Verhältniß ist mitbestimmend für die rechtliche Normirung der Haftung (Bd I, § 83).

III. Bestimmtheit der Leistung (315—319).

Den Gegenstand der Leistung bestimmen die Parteien. Ueber den Inhalt ihrer Bestimmungen entscheidet die Auslegung (Bd. I. § 60).

Der Gegenstand der Leistung muß, wie der Inhalt eines jeden Rechtsgeschäftes, hinreichend bestimmt sein. Die Bestimmung kann direkt und unmittelbar erfolgen, z. B. in dem das Schuldverhältniß begründenden Rechtsgeschäft, oder mittelbar durch Verweisung auf eine Quelle, aus der entnommen werden kann, was geleistet werden soll. Daher ergiebt sich der Unterschied von bestimmten[2] und unbestimmten Schuldverhältnissen, je nachdem zur Zeit der Begründung oder in einem späteren Moment der Gegenstand der Leistung nach Art, Eigenschaft, Maß feststeht oder erst festgestellt werden soll (1113, Abs. 1. 1191). Ist Beides nicht der Fall, was durch Auslegung festzustellen ist, so ist das Schuldverhältniß wegen Unbestimmtheit nichtig.

---

[1] Ob darüber noch hinauszugehen ist, erörtert v. Tuhr, a. a. O. (1898). Vgl. auch Ternburg, a. a. O. II. S. 59.

[2] Vgl. CPO. §§ 592. 688.

Digitized by Google

A. Die Fälle der mittelbaren Bestimmung. Unter diesen sind diejenigen Fälle von Interesse, in denen ein Akt der Parteien oder Dritter in Frage steht.

1. Die Bestimmung durch einen der Vertragschließenden (315) erfolgt durch Erklärung gegenüber dem andern Theil. Die getroffene Bestimmung ist unwiderruflich. Die Bestimmung selbst soll möglicherweise von der Partei nach ihrem freien Ermessen abgegeben werden. Eine derartige Vereinbarung könnte entweder die Existenz der Verpflichtung selbst vom Willen des Schuldners oder ihren Umfang vom Willen des Gläubigers abhängig machen. Der Vertrag wäre dann gegen die guten Sitten und nichtig. Ist aber ein derartiger Vertrag giltig, so ist der Bestimmungsberechtigte zur Abgabe der Parteierklärung im Zweifel verpflichtet (vgl. a). Gewöhnlich werden die Parteien auf das billige Ermessen abstellen, und im Zweifel soll angenommen werden, daß auf das billige Ermessen der Partei abgestellt ist[1]. Die Partei ist dann vertragsmäßig zur Bestimmung verpflichtet.

a. Ist die Bestimmung getroffen und entspricht sie der Billigkeit nicht, so ist sie auch keine vertragsmäßige. Will der Benachtheiligte sie nicht anerkennen, so konnte er aus CPO. § 256, wenn ein Interesse an alsbaldiger Feststellung vorliegt, auf Feststellung klagen oder auf Abgabe der Erklärung (CPO. § 888). Das Gesetz bietet einen einfacheren Weg. Es wird im Prozesse über die Klage auf Leistung auch über die Billigkeit der Bestimmung vom Prozeßrichter entschieden bez. der Schuldner kann, ohne an CPO. § 256 gebunden zu sein, auf Feststellung klagen (315, Abs. 3). Trifft dagegen die Partei die Bestimmung nach freiem Ermessen nicht, so bietet sich nur der Weg nach CPO. § 888[2].

b. Will der Bestimmungspflichtige die Bestimmung nicht treffen oder verzögert er sie, so ist ebenso die Bestimmung regelmäßig im Urtheil zu treffen (a).

---

[1] Damit ist aber noch nicht gesagt, daß nun der Vertrag schlechthin giltig ist. Er kann trotzdem den Vertrag nach der konkreten Sachlage noch gegen die guten Sitten verstoßen, weil er eine zu weitgehende Einschränkung des schuldnerischen Selbstbestimmungsrechtes mit sich bringt. Vgl. Dernburg II. S. 189. A. M. Planck zu 315, 3 1. Endemann I, § 117. Note 2. Vgl. auch Schollmeyer, S. 175.

[2] Vgl. Oertmann, zu 315. 3. 4. Schollmeyer, S. 175 ff. Hinsichtlich des Falles des freien Ermessens. A. M. Planck zu 315. 3. 5. Cosack I, S. 295. Goldmann-Lilienthal, S. 104.

Digitized by Google

c. Wer die Bestimmung zu treffen hat, besagt der Vertrag. Ist für eine versprochene Leistung eine Gegenleistung verabredet, aber nicht bestimmt, so ist im Zweifel anzunehmen, daß die Bestimmung nach billigem Ermessen derjenigen Partei erfolgen soll, der die Gegenleistung gebührt (316). Für die Anwendung dieser Auslegungsregel ist ferner zu beachten, daß die Bestimmung der Höhe der Gegenleistung auch stillschweigend erfolgen kann. Wo die Auslegungsregel nicht zutrifft, greifen die Sonderbestimmungen ein, daß beim Dienstvertrag (612, Abs. 2), Werkvertrag (632, Abs. 2), Maklervertrag (653, Abs. 2), wenn die Höhe der Vergütung nicht bestimmt ist, bei Bestehen einer Taxe die taxmäßige, in Ermangelung einer Taxe die übliche Vergütung als vereinbart gilt.

2. Die Bestimmung durch Dritte.

a. Sind im Vertrage die Dritten noch nicht bestimmt, ist ihre Bezeichnung aber vorbehalten, so ist der Vertrag selbst noch nicht abgeschlossen (154).

b. Sind mehrere Dritte bestimmt, so ist im Zweifel Uebereinstimmung Aller erforderlich. Handelt es sich aber um Feststellung einer Summe, so gilt im Zweifel die Durchschnittssumme (317, Absatz 2).

c. Die Erklärung der Dritten über die Bestimmung erfolgt gegenüber einer der Parteien (318).

d. Daß die Dritten durch den Vertrag der Parteien nicht diesen gegenüber vertragsmäßig gebunden werden, ist selbstverständlich, wohl aber können sie durch vertragsmäßige Uebernahme des arbitrium wie der Schiedsrichter gebunden sein. Die Stellung des Dritten ist allerdings schon darin von der eines Schiedrichters verschieden, weil sie bei der Vertragsbegründung mitwirken. Die Dritten können im Zweifel nicht Andere substituiren. Die von ihnen abgegebene Bestimmung ist unwiderruflich. Diese können die Dritten entweder nach freiem oder nach billigem Ermessen treffen, worüber der Parteiwille entscheidet. Im Zweifel ist das Letztere als gewollt anzusehen (317, Abs. 1). Entspricht die Bestimmung dann der Billigkeit nicht oder wird die Bestimmung vom Dritten verzögert oder kann oder will er sie nicht treffen, so wird die Bestimmung durch Urtheil im Prozesse unter den Parteien getroffen. Die Beweislast trifft den Anfechtenden. Er kommt also nicht zu einem nochmaligen Gutachten des Dritten[1].

[1] A. M. Planck II, S. 89.

Digitized by Google

Steht dem Dritten ein freies Ermessen zu, so erscheint der Vertrag als bedingt und zwar im Zweifel als suspensiv durch die Abgabe der Bestimmung des Dritten bedingt geschlossen. Die Bedingung ist, wenn nicht durch Parteidisposition in anderer Weise vorgesorgt ist, ausgefallen, wenn der Dritte die Bestimmung nicht treffen kann, nicht treffen will, nicht innerhalb der gesetzten Frist trifft oder sie, wenn eine solche Frist nicht gesetzt ist, unstatthafterweise verzögert (319, Abs. 2). Die Einräumung des freien Ermessens bedeutet auch hier nicht schrankenlose Willkür.

Mag das Ermessen des Dritten ein freies oder billiges sein, so unterliegt die Bestimmung doch der Anfechtung wegen Irrthumes, Drohung und arglistischer Täuschung. Die Anfechtung richtet sich gegen den anderen Vertragstheil, sie steht nur den Vertragsparteien zu, sie muß unverzüglich erfolgen, sobald der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrunde Kenntniß erlangt hat; erlangt der Anfechtungsberechtigte keine Kenntniß, so erlischt das Anfechtungsrecht in 30 Jahren von der getroffenen Bestimmung an (318, Abs. 2).

IV. Die Theilbarkeit der Leistung.

Die Leistung kann eine juristisch theilbare oder untheilbare sein. Danach werden theilbare oder untheilbare Schuldverhältnisse unterschieden.

A. Die Bedeutung des Unterschiedes liegt darin, daß bei theilbaren Schuldverhältnissen theilweise Erfüllung möglich ist, daß das theilbare Schuldverhältniß z. B. in Folge Erbganges in eine Mehrheit selbständiger Schuldverhältnisse zerfallen kann, während bei untheilbaren Schuldverhältnissen, sobald mehrere Gläubiger oder Schuldner eintreten, eine eigenthümliche Regelung Platz greift (420).

B. Das Gesetz hat keine allgemeine Bestimmung darüber aufgestellt, wann eine Leistung theilbar, wann sie untheilbar ist. Theilbar ist eine Leistung, die unbeschadet ihres Wesens und Werthes in mehrere Leistungen zerlegt werden kann, so daß also die Gesammtheit der Einzelleistungen die geschuldete Leistung ergiebt.

1. Leistungen, die zum Inhalte die Herstellung eines rechtlichen Erfolges haben (z. B. Begründung von Eigenthum, dinglichen Rechten, anderen Rechten, Befreiung von Rechten) sind theilbar, wenn die betreffenden Rechte theilbare sind.

Theilbar ist also die Leistung zur Beschaffung des Eigenthumes entweder insofern, als das Eigenthum nach ideellen Quoten theilbar ist, oder insofern, als die Sache eine physisch theilbare ist, z. B. Leistung einer Quantität von vertretbaren Sachen, einer individuellen

Digitized by Google

Sache (species). Jedoch kann trotz Theilbarkeit der Sache aus der Parteiabsicht Untheilbarkeit der Leistung sich ergeben. Die Leistung einer Gattungssache ist dagegen untheilbar, ebenso die Leistung auf Bestellung von Realservituten.

Nur scheinbar betrachtet das Gesetz in 432. 1011 die Forderung auf Leistung einer Sache schlechthin als eine untheilbare. Diese gesetzlichen Vorschriften setzen vielmehr voraus, daß die Leistung der Sache untheilbar ist. Ergiebt sich die Untheilbarkeit nicht aus der Parteivereinbarung, so entscheiden darüber die allgemeinen Grundsätze[1].

2. Leistungen, die auf einen thatsächlichen Erfolg oder auf Unterlassung gerichtet sind, sind regelmäßig untheilbar. Ausnahmen sind aber auch hier möglich.

C. Zu unterscheiden sind von den theilbaren die zusammengesetzten Leistungen. Die letzteren werden zwar beschafft durch eine Reihe natürlich selbständiger Akte, diese sind aber juristisch keineswegs Theil der Gesammtleistung (z. B. Errichtung eines Bauwerkes).

V. Die Möglichkeit der Leistung.

A. Die Unmöglichkeit der Leistung spielt eine verschiedene Rolle, je nachdem sie eine anfängliche, ursprüngliche, d. h. bei Begründung des Schuldverhältnisses vorhandene ist oder erst später eintritt (nachfolgende Unmöglichkeit). Die letztere ist hier nicht in Frage (vgl. Bd. I, § 84).

B. Die anfängliche Unmöglichkeit.

Diese kommt in Betracht, soweit sie eine objektive ist, d. h. für Jedermann besteht. Den Gegensatz bildet das subjektive Unvermögen des Schuldners (sog. subjektive Unmöglichkeit).

1. Die objektive Unmöglichkeit kann beruhen auf natürlichen Gründen (Naturgesetz) oder rechtlichen (Rechtssatz). Sie ist also natürliche oder juristische Unmöglichkeit. Beispiele sind: Versprechen der Leistung einer nicht vorhandenen, untergegangenen Sache, einer Sache, die aus natürlichen Gründen dem Verkehre entzogen ist, Leistung einer res in publico usu, wenn der öffentliche Gebrauch durch den Inhalt der Leistung verletzt werden würde.

2. Die Unmöglichkeit kann eine absolute oder relative sein. Im ersten Falle ist die Leistung an sich und unter allen Umständen unmöglich, im zweiten ist sie an sich möglich, aber nicht unter den gegebenen Umständen (z. B. Versprechen einer nicht mehr existenten Sache).

---

[1] So Hellmann, Krit. V.J.Schr. Bd. 41 (1899) S. 247. Anders Hruza, Sächs. A., Bd. 5 (1895), S. 66 ff. Planck zu 402, 3. 2.

Digitized by Google

3. Sie kann eine dauernde oder vorübergehende, eine völlige oder nur theilweise (C. Z. 1) sein.

C. Ist die Leistung objektiv unmöglich, so ist der Vertrag nichtig (306). Im Falle der Gegenleistung findet Kondiktionshülfe statt (812 ff.).

1. Es folgt daraus, daß der Gläubiger niemals einen Anspruch auf das Erfüllungsinteresse (positive Interesse) hat, dagegen ist ihm ein Anspruch auf das negative Interesse gegeben, wenn der Versprechende die Unmöglichkeit kannte oder kennen mußte und andererseits der andere Theil die Unmöglichkeit nicht kannte und nicht kennen mußte[1]. Kannte also der Versprechende die Unmöglichkeit, während der andere Theil sie fahrlässiger Weise nicht kannte, so fällt auch der Anspruch des letzteren gegen den Versprechenden fort[2]. Dieser Anspruch steht beiden Kontrahenten beim Vertrage gleichmäßig zu, nicht nur demjenigen, welchem die unmögliche Leistung versprochen ist. Der Anspruch geht aber nicht über das Erfüllungsinteresse (Interesse an der Gültigkeit des Vertrages) hinaus.

Ebenso ist der Anspruch begründet, wenn bei theilweiser Unmöglichkeit der Vertrag, soweit die Leistung noch möglich ist, gültig bleibt (307). Ob der Vertrag gültig bleibt, soweit die Theilleistung möglich ist, bestimmt sich nach 139 (Bd. I, § 55).

2. Ist die Unmöglichkeit eine vorübergehende, so ist der Vertrag als unter der aufschiebenden Bedingung des Eintrittes der Möglichkeit geschlossen anzusehen, wenn die Parteien auf den Fall der Möglichkeit den Vertrag schließen wollten, was nicht vermuthet wird. War der Vertrag unter anderer aufschiebender Bedingung oder unter Anfangstermin geschlossen, so ist er gültig, wenn die Unmöglichkeit bis zum Eintritt der Bedingung bez. des Anfangstermines gehoben ist (308).

3. Eine Ausnahme enthält beim Kauf und verwandten Verträgen 437. Der Verkauf einer nicht existirenden Forderung oder eines sonstigen nicht existirenden Rechtes ist gültig.

D. Im Falle des Unvermögens des Schuldners ist der Vertrag gültig. Der Gläubiger kann auf Erfüllung klagen. Stellt

---

[1] Ob Fährlässigkeit vorliegt, bestimmt sich nach den persönlichen auch rein subjektiven Verhältnissen jedes Theiles. Planck zu 307 Z. 1. Schollmeyer S. 154. Z. 2.

[2] A. M. Oertmann, zu 307. Z. 4 (unter Berufung auf die Analogie von 254 und die ratio).

Digitized by Google

sich aber das Unvermögen heraus, so wandelt sich der Anspruch auf Erfüllung in den auf das Erfüllungsinteresse[1].

E. Die Vorschrift in 306 und 308 findet auch auf das einseitige Versprechen und gesetzliche Schuldverhältniß Anwendung, während 307 hier keine Anwendung finden kann.

VI. Verbotene und unsittliche Leistungen (309).

A. Ein Schuldverhältniß, dessen Eingehung durch Rechtsgeschäft verboten oder wider die guten Sitten ist, ist nach 134. 138 nichtig (vgl. Bd. I, § 54).

Von diesen Bestimmungen wird auch ein Rechtsgeschäft auf eine Leistung, die verboten ist (z. B. Leistung einer verbotenen Sache) oder die an sich unsittlich ist, getroffen.

B. Ein verbotswidriger Vertrag wird behandelt wie ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag. Daher kann auch hier der Anspruch auf das negative Vertragsinteresse (307) begründet sein, und die Möglichkeit des Wegfalles des Verbotes spielt hier die gleiche Rolle (308) wie bei der objektiven Unmöglichkeit der Wegfall der Unmöglichkeit. Auf sittenwidrige Verträge finden 307 und 308 dagegen niemals Anwendung.

§ 74.

Das Wahl- und Gattungsschuldverhältniß[2].

1. Das Wahlschuldverhältniß (Alternativobligation).

Unter Wahlschuldverhältniß ist dasjenige Schuldverhältniß zu verstehen, welches den Schuldner verbindet, nach einer zu treffenden

[1] Vgl. Dernburg a. a. O. II. § 61. Oertmann zu 306. A. M. Planck zu 306. Cosack I, § 98.

[2] Materialien: M. II. S. 6 ff.; V. S. 33 f. 138 f. P. I. S. 281 ff. 314. 450. VI, S. 150. 180.

Litteratur: 1888: Laband, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 73, S. 175 ff. 1889: Gierke, Der Entw., S. 198. Seuffert, Beitr., H. 11, S. 6 ff. Goldschmidt, Krit. Erörterungen, S. 16 ff. Neumann, Gruch. Beitr., Bd. 33, S. 105. 394. 1890: Westrum, GA., S. 234 ff. Gebhart, GA., S. 253. Jacoby, Annalen d. d. R., S. 37. 70 f. Rocholl, Vorschläge, S. 84. 1892: Grützmann, Sächs. Arch., Bd. 2, S. 213 ff. Jakubezky, Bemerkungen S. 50 f. 1893: Cretschmar, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 81, S. 173 f. 1897: Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse, S. 134 ff. Bunsen I, § 42. 1898: Goldmann-Lilienthal, S. 140 f. Kiehl, Gruch. Beitr. Bd. 42, S. 591 ff. bes. 605 ff. Otto, Sächs. Arch. Bd. 8, S. 649 f. 663 ff. Leske, § 42. Weyl I, §§ 65. 69. 1899: Kuhlenbeck, Von den Pandekten ꝛc. II, § 5. Cosack I, § 84. Krückmann, § 34. v. Buchka, § 10. Endemann I, §§ 118. 119. Dernburg, Das bürgerl. Recht, II, §§ 11. 12. 43—45.

Digitized by Google

Wahl eine von mehreren Leistungen zu erbringen (262—265. 307, Abs. 2). Die mehreren Leistungen können differiren hinsichtlich des Gegenstandes, sie können aber auch auf denselben Gegenstand gerichtet sein und im sonstigen Inhalte (Bedingung, Befristung, Zeit, Ort) auseinandergehen[1]. Alle wahlweise geschuldeten Leistungen sind mit der Begründung des Schuldverhältnisses geschuldet, fraglich ist nur, welcher Gegenstand geleistet wird. Das folgt aus 263. Darin liegt der Unterschied von dem bedingten Schuldverhältniß und von der bloßen Wahlbefugniß des Schuldners (facultas alternativa)[2] wie auch von dem Wahlrecht gemäß 462. 465.

A. Die zu erbringende Leistung soll durch Wahl bestimmt werden. Wem steht die Wahl zu? An sich kann die Wahl dem Gläubiger, Schuldner oder auch Dritten zustehen. Im Zweifel steht sie aber dem Schuldner zu. Das gilt auch bei gegenseitigen beiderseits alternativen Schuldverhältnissen (262)[3]. Das Gesetz giebt dem Schuldner die Wahl z. B. in 323. 325. Möglich ist die Einräumung der Wahl durch Parteibestimmung oder auch durch Rechtsvorschrift an den Gläubiger (340. 342) und an Dritte. Im letzteren Falle finden die Bestimmungen in 317—319 Anwendung (Bd. I, § 73).

Das Wahlrecht ist kein höchst persönliches Recht, es geht vielmehr auf Einzel- und Gesammtnachfolger des Wahlberechtigten über (Abtretung, Schuldübernahme, Erbfolge). Dagegen geht auf den Dritten, der sich nur dem Schuldner verpflichtet, die Schuld an den Gläubiger berichtigen zu wollen, das Wahlrecht des Schuldners nicht über; der Dritte übt es lediglich als Stellvertreter des Schuldners aus. Das Wahlrecht ist also gewissermaßen „eine Qualität des Schuldverhältnisses" (M. II. S. 6).

B. Die Ausübung der Wahl erfolgt durch stillschweigende oder ausdrückliche, einseitige Erklärung des Wahlberechtigten in Kenntniß seines Wahlrechtes dem anderen Theile gegenüber (315)[4].

---

[1] Diese letzteren Fälle behandelt Dernburg a. a. O. II, § 43, z. 1 und § 45 als den Wahlschuldverhältnissen nur „verwandt".

[2] Den Fällen der facultas alternativa (vgl. C, Z. 1. 261. 528. 2829, Abs. 2) ist eigenthümlich, daß der Schuldner nur zu einer Leistung verpflichtet ist, daß er sich aber von seiner Leistungspflicht durch Erbringung einer anderen Leistung befreien kann, die er nicht schuldet. Vgl. Schollmeyer, S. 61. Ueber die facultas alternativa zu Gunsten des Gläubigers vgl. Bd. I, § 76. V. B.

[3] Schollmeyer, S. 62. A. M. Planck, zu 262, Z. 2.

[4] Ueber den Fall der Gläubiger- oder Schuldnermehrheit (Bd. I, § 102) vgl. Schollmeyer, S. 63 ff. und Planck zu 262, Z. 2 und 263 Z. 3.

Digitized by Google

1. Durch Rechtsgeschäft kann die dispositive Vorschrift geändert, also auch bestimmt werden, daß zum Vollzuge der Wahl Vertrag erforderlich ist.

2. Stillschweigende Ausübung der Wahl liegt vor, falls eine Leistung, wenn auch nur theilweise, vom wahlberechtigten Schuldner vollzogen ist, oder falls der wahlberechtigte Gläubiger eine der Leistungen, wenn auch nur theilweise, angenommen oder auf eine Leistung geklagt hat.

3. Ist in Unkenntniß des Wahlrechtes, die auch vorliegt, wenn der Wahlberechtigte den Charakter des Schuldverhältnisses als Wahlschuldverhältniß nicht kennt und kumulativ verpflichtet zu sein glaubt, geleistet, so tritt die Kondiktionshülfe ein (812 ff.).

4. Die getroffene Wahl ist unabänderlich (315). Das Schuldverhältniß beschränkt sich auf die gewählte Leistung und es ist so anzusehen, als sei diese von Anfang an allein geschuldet. Diese Beschränkung tritt ein zu Lasten wie zu Gunsten des Schuldners.

C. Der Einfluß der Nichtausübung des Wahlrechtes und des Verzuges (264).

Eine Verpflichtung zur Ausübung des Wahlrechtes besteht nicht, auch im Falle des Verzuges geht das Wahlrecht nicht verloren.

1. Der wahlberechtigte Schuldner verliert durch seinen Verzug nicht das Wahlrecht, er kann es auch noch im Laufe des Prozesses ausüben. Der Gläubiger muß daher alternativ klagen und erreicht nur eine alternative Verurtheilung des Schuldners. Macht der Schuldner auch jetzt von seinem Wahlrecht keinen Gebrauch, so geht nach gem. R. sein Wahlrecht unter, bez. auf den Gläubiger über. Das BGB. behandelt den Schuldner nachsichtiger. Nach Beginn der Zwangsvollstreckung geht zwar sein Wahlrecht unter, der Gläubiger kann jetzt die Zwangsvollstreckung auf einen oder den anderen Gegenstand richten, er hat also die Wahl, und die Beschränkung tritt in Folge der Ausübung der Wahl ein. Hinsichtlich der vom Gläubiger gewählten Leistung besteht Leistungsverzug des Schuldners mit seinen Folgen (287). Solange aber der Gläubiger die gewählte Leistung nicht wenigstens theilweise erhalten hat, kann sich der Schuldner immer noch durch eine der anderen Leistungen befreien, allerdings nur insofern, als er diese auch dem Gläubiger jetzt zu verschaffen hat, da er ja bereits rechtskräftig zur Leistung verurtheilt ist. Das Wahlrecht des Schuldners schwächt sich daher im Momente der Inszenirung der Zwangsvollstreckung zu einer Wahlbefugniß (facultas alternativa) ab (264, Abs. 1). Fordert der

Digitized by Google

Gläubiger eine der Leistungen, so hat der Schuldner den Beweis zu erbringen, daß er sein Wahlrecht ausgeübt hat, ehe die Zwangsvollstreckung begonnen hatte.

2. Auch der wahlberechtigte Gläubiger verliert das Wahlrecht nicht durch Verzug[1] und es geht nicht schlechthin auf den Schuldner über. Der Schuldner kann aber den Uebergang auf sich herbeiführen, indem er den Gläubiger unter Bestimmung einer angemessenen Frist auffordert, das Wahlrecht auszuüben. Die Fristsetzung kann schon mit dem Angebot der Leistung erfolgen[2]. Läßt der Gläubiger diese Frist verstreichen, so geht mit Ablauf der Frist das Wahlrecht auf den Schuldner über. Die Aufforderung erfolgt ohne Mitwirkung des Gerichtes (vgl. 283. 633. 1133. 250). Die Thatsache der Aufforderung und die Angemessenheit der Frist unterliegen selbstverständlich, im Falle sie bestritten werden, der richterlichen Beurtheilung. Mit der Wahl des Schuldners erstrecken sich auch die Folgen des Empfangsverzuges auf die gewählte Leistung (264, Abs. 2).

D. Der Einfluß der Unmöglichkeit der Leistung (265).

1. Sind einige der wahlweise geschuldeten Leistungen von Anfang an unmöglich, so beschränkt sich das Schuldverhältniß auf die übrigen. Es kann aber nach 307 der Anspruch auf das negative Vertragsinteresse begründet sein. Sind sämmtliche Leistungen von Anfang an unmöglich, so ist das Schuldverhältniß nichtig.

2. Werden einige der wahlweise geschuldeten Leistungen in Folge von Umständen unmöglich, die weder der Wahlberechtigte noch der andere Theil oder die der Nichtwahlberechtigte nicht zu vertreten hat, d. h. besonders ohne Schuld des Nichtwahlberechtigten, so tritt gleichfalls Einschränkung ein; werden alle Leistungen in dieser Weise unmöglich, so wird der Schuldner befreit (323).

a. Die Einschränkung ist demnach überall da ausgeschlossen, wo der Gegner des Wahlberechtigten durch seine Schuld das Wahlrecht des anderen Theiles verkümmert. Es ergeben sich also zwei Möglichkeiten:

Erster Fall: Der Schuldner hat die Wahl, den Gläubiger trifft die Schuld. Der Schuldner kann auch die unmöglich gewordene

[1] Wie der Gläubiger bei Wahlschuldverhältnissen in Verzug gesetzt werden kann, sagt 295. Der Verzug würde eintreten, wenn auf die Aufforderung zur Vornahme der Wahl rechtzeitige Wahl nicht erfolgt. Der Verzug hebt aber das Wahlrecht noch nicht auf.

[2] So Cosack I, S. 292. d. Neumann, S. 140. Schollmeyer, S. 67. A. M. Planck, zu 264, 3. 3. Goldmann-Lilienthal, S. 141.

Digitized by Google

Leistung wählen. Thut er das, so wird er nach 275, Abs. 1 frei (vgl. 324, Abs. 1)[1].

Zweiter Fall: Der Gläubiger hat die Wahl, den Schuldner trifft die Schuld. Der Gläubiger kann die übriggebliebene Leistung oder das Interesse an der unmöglich gewordenen verlangen (280).

b. Tritt aber in Folge Verschuldens des Wahlberechtigten Einschränkung ein, so sind wieder zwei Fälle zu unterscheiden:

Erster Fall: Der Gläubiger ist wahlberechtigt und hat die Unmöglichkeit verschuldet. Es tritt die Einschränkung ein und der Gläubiger kann nur unter den noch möglichen Leistungen wählen. Möglich ist es, daß der Gläubiger außerdem schadensersatzpflichtig ist. Nach dem Gesetz ist es ausgeschlossen, daß der Gläubiger die durch seine Schuld unmöglich gewordene Leistung wählt und sich so von der Schadensersatzpflicht befreit.

Zweiter Fall: Der Schuldner ist wahlberechtigt und vertretungspflichtig. Es tritt lediglich die Einschränkung ein.

Die Vorschrift in 265 ist aber dispositiven Charakters.

II. Das Gattungsschuldverhältniß (Genusobligation) (243).

Beim Gattungsschuldverhältniß handelt es sich um die Verpflichtung des Schuldners, eine nur der Gattung nach bestimmte Sache zu leisten[2].

A. Die Sachen sind der Gattung nach bestimmt, also nach Gattungsmerkmalen. Der Kreis der nach Gattungsmerkmalen bezeichneten Sachen kann noch enger begrenzt sein durch Angabe einer individuellen Menge solcher Sachen (ein Schaf aus einer bestimmten Heerde — eine Quantität aus einem bestimmten Vorrath). In diesen Fällen liegen entweder den Gattungsschuldverhältnissen in dem entscheidenden Punkte gleich zu behandelnde Schuldverhältnisse vor oder Wahlschuldverhältnisse. Für die Unterscheidung kann der Wortgebrauch nicht entscheidend sein, sondern die Intention der Parteien. Kommt es ihnen auf die einzelnen Individuen in der Menge an, so ist Wahlschuldverhältniß anzunehmen, dagegen Gattungsschuld, wenn durch Bezeichnung des Vorrathes nur die besondere Gattung

[1] Nicht ganz zutreffend: Stammler, a. a. O., S. 135, Note 5. Das Schuldverhältniß geht nicht vollständig unter. Der Schuldner kann auch eine der möglich gebliebenen Leistungen wählen; erfüllt er, so schenkt er nicht, sondern leistet.

[2] Die auf Gegenstände anderer Art als Sachen gerichteten Gattungsschuldverhältnisse sind vom Gesetz nicht geregelt, z. B. nicht Verpflichtungen zu Arbeiten bestimmter Art. Die Motive II. S. 10 f. halten hier allgemeine Regeln für ausgeschlossen.

Digitized by Google

näher bestimmt werden sollte, und der Vorrath auch objektiv eine besondere Gattung darstellt und vertritt[1].

B. Das Gattungsschuldverhältniß ist kein bedingtes, weil auch hier die Verpflichtung des Schuldners feststeht. Es unterscheidet sich vom Wahlschuldverhältniß dadurch, daß bei dem letzteren von vornherein mehrere Leistungen zur Wahl stehen, während beim Gattungsschuldverhältniß nur eine Leistung bestimmt ist, deren Gegenstand in seiner Individualität festgestellt werden muß.

C. Der Schuldner hat auch bei der Gattungsschuld die Auswahl zu treffen, wenn sie nicht ausdrücklich oder stillschweigend dem Gläubiger eingeräumt ist. In jedem Falle hat der Schuldner aus der Gattung Stücke mittlerer Art und Güte zu leisten[2], wenn nichts Anderes bestimmt ist. Der Gläubiger ist also berechtigt, selbst beste Art und Güte zurückzuweisen. Auch einem Dritten kann die Auswahl eingeräumt sein (Bd. I, § 73).

D. Selbstverständlich ist, daß der Schuldner durch Uebergabe des geeigneten Objektes frei wird. Darin liegt keine Konzentration des Schuldverhältnisses, sondern vielmehr seine Aufhebung. War das Objekt ungeeignet, so behält der Gläubiger seinen Anspruch auf ein geeignetes Objekt (vgl. 480). Die Frage ist aber, ob nicht schon in einem früheren Momente vor der Uebergabe die Konzentration eintritt. Tritt sie ein, so richtet sich das Schuldverhältniß auf die ausgewählten Objekte wie auf eine Spezies.

1. Durch einseitige Bestimmung des zur Wahl Berechtigten gegenüber dem anderen Theile kann die Einschränkung nur eintreten, wenn ihr im Rechtsgeschäft diese Bedeutung beigelegt ist, außerdem tritt sie ein

2. durch Vertrag der Parteien, der dann die Gattungsschuld in eine Speziesschuld verwandelt hat,

3. aber auch dann, wenn der Schuldner das zur Leistung eines geeigneten Objektes seinerseits nach dem Schuldverhältnisse Erforderliche gethan hat, d. h. also, sobald er den Gläubiger in Annahmeverzug gesetzt hat (300, Abs. 2), oder, falls der Schuldner auf Verlangen des Gläubigers die Objekte an den Gläubiger übersendet, sobald er dieselben dem Spediteur oder Frachtführer ꝛc. ausgeliefert hat (243. 300, Abs. 2. 447).

[1] Aehnlich Dernburg a. a. O. II, § 11, II, und § 45, II. Vgl. mann zu 243. 3. 1. Scholl-meyer S. 7 f. Planck zu 243. Oertmann zu 243. 3. 1.

[2] Vgl. HGB. § 360; Ausnahme beim Gattungs-Vermächtniß: 2155.

Digitized by Google

4. In Folge der Konzentration darf der Schuldner die abgesendeten Sachen nicht mehr durch andere ersetzen, es träfe denn 226 und 242 zu[1]. Die Gefahr geht auf den Gläubiger über, während sie bisher der Schuldner trug (279. 275).

E. Der Einfluß der Unmöglichkeit der Leistung.

1. Die Leistung kann mit Rücksicht auf die Gattung von Anfang an unmöglich sein; dann tritt wie bei der Wahlschuld (I. D. Z. 1) Befreiung des Schuldners ein.

2. Ehe nicht Einschränkung eingetreten ist, befreit die zufällige nachfolgende Unmöglichkeit der Leistung, welche einzelne Individuen der Gattung betrifft, den Schuldner nicht, wohl aber diejenige Unmöglichkeit, welche die ganze Gattung betrifft. Dazu ist nicht erforderlich, daß die ganze Gattung untergegangen ist, es genügt, wenn aus der Gattung trotz ihrer Fortexistenz die Leistung unmöglich geworden ist, z. B. der Schuldner kann wegen allgemeiner Verkehrsunterbrechung nicht rechtzeitig liefern[2]. Solange noch die Leistung möglich ist, wird der Schuldner nicht befreit, und die Schuld bleibt Gattungsschuld, auch wenn gerade nur soviel Individuen übrigbleiben, als die Leistung erfordert. Es tritt also dadurch keine Einschränkung ein.

Vereitelt der Schuldner die Leistung schuldhafterweise, so haftet er nach den allgemeinen Grundsätzen.

§ 75.

Besondere Gegenstände der Leistung. 1. Die Geldschuld[3].

I. Begriff der Geldschuld.

Das Geld kann in verschiedenem Sinne Gegenstand der Leistung sein.

---

[1] So Oertmann, zu 243. Z. 5. Abweichend Cosack I, S. 296. Goldmann-Lilienthal, S. 142. Planck S. 13. Schollmeyer, S. 13 f.

[2] Vgl. Oertmann, Arch. f. bürg. R. Bd. 12 (1897) S. 284. A. M. Ubbelohde, Arch. f. d. civ. Pr. Bd. 85 (1896) S. 121 ff.

[3] Materialien: M. II. S. 12 ff. P. I. S. 289 f.

Litteratur: Vgl. I, § 37, Note 1. 1888: Laband, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 73, S. 180 ff. 1889: Koch, Beitr., H. 4, S. 3, 14 ff. Seuffert, Beitr., H. 11, S. 10 ff. Gierke, Der Entw., S. 198. Rießer, Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht, Bd. 35 (Beil.-H.), S. 412. 1890: Gebhart, GA., S. 254. Jacoby, Annalen d. d. Reichs, S. 37 f. Neumann, Gruch. Beitr., Bd. 34, S. 704. 1892: Jakubezky, Bemerkungen, S. 51. Bähr, Gegenentwurf, S. 49. 1897: Peisert, Der rechtl. Inhalt einer Geldschuld (Dissert.). Bunsen I, § 43. 1898: Leske, § 42. Otto, Sächs. Arch. Bd. 8, S. 650 f. Man-

Digitized by Google

A. Das Schuldverhältniß geht auf Leistung individuell bestimmter Geldstücke (Individualschuldverhältniß, Speziesschuld).

B. Das Schuldverhältniß geht auf Leistung einer Menge von Stücken einer bestimmten Münzsorte. Das Interesse des Gläubigers geht auf die Sorte, nicht auf den durch die bedungene Menge dargestellten Werth (Gattungsschuldverhältniß oder reine ausschließliche Geldsortenschuld). Für diese normiren die in Bd. I, § 74, unter II. dargestellten Grundsätze.

C. Das Schuldverhältniß ist gerichtet auf Leistung einer Geldsumme, d. h. einer Quantität derjenigen Sachen, welche die Funktion haben, als allgemeiner Werthmesser zu dienen (eigentliche Geldschuld). Die eigentliche Geldschuld ist dann wieder gerichtet

1. auf die Geldsumme schlechthin. Diese wird ausgedrückt durch Bezeichnung einer Menge bestimmter Münzen, usueller oder Währungsmünzen, im letzteren Falle in der Regel durch Bezeichnung einer Menge der Währungsgrundmünze, z. B. 1000 Mk. oder auch anders, 100 Kronen deutscher Reichswährung. Die genannte Münzgattung dient hier lediglich zur Bezeichnung der abstrakten Geldsumme und diese kann anders als durch Nennung irgend einer Münzsorte nicht ausgedrückt werden;

2. mit der Nennung der Münzsorte kann sich aber das weitere Interesse kundgeben, daß die bezeichnete Geldsumme in dieser Sorte geleistet werden soll. Es kann auch die Geldschuld in anderer Münzsorte gezahlt werden sollen als in der sie ausgedrückt ist. Diese Modalität der Zahlung kann an sich stillschweigend oder ausdrücklich erklärt sein (uneigentliche Geldsortenschuld).

II. Die Geldschuld.

Die Grundsätze des einheimischen Rechtes finden Anwendung, sobald eine Geldschuld im Inlande zahlbar ist, mag sie auch im Auslande entstanden sein. Auf Geldschulden, die im Auslande zu erfüllen sind, findet das ausländische Recht Anwendung.

A. Eine im Inlande zahlbare Geldschuld ist in deutscher Währung zu zahlen, mag auch die Geldschuld im Auslande begründet sein und auf ausländische Währung lauten.

1. Selbstverständlich ist Zahlung in deutscher Währung, wenn schon der Inhalt der Verpflichtung auf deutsche Währung lautet. Das ist auch der Fall, wenn eine Geldschuld ohne nähere Be-

dry-Geib, § 19. 1899: Cosack I, § 87. Krückmann, § 35. v. Buchka § 10. Endemann I, § 121. Dernburg, Das bürgerl. Recht II, §§ 13 bis 17.

Digitized by Google

zeichnung derselben übernommen wird (z. B. Jemand verpflichtet sich, Ersatz zu leisten, ohne daß die Summe näher fixirt ist). Der Betrag der Geldschuld bemißt sich nach dem Nennwerth der Währungsmünze. Der Gläubiger hat die Währungsmünze zum Nennwerthe zu nehmen.

2. Wird die nach Einführung der Reichswährung begründete Geldschuld ausgedrückt in früheren inländischen oder Rechnungswährungen (Thaler-, Guldenwährung, ꝛc.) so erfolgt die Zahlung in Reichswährung[1]. Ist die Geldschuld vor der Einführung der Reichswährung entstanden und hätte sie damals in einer inländischen Währung oder in einer landesgesetzlich den inländischen gleichgestellten ausländischen Münze erfüllt werden müssen, so ist ebenfalls in Reichswährung zu leisten[2]. In beiden Fällen findet eine näher bestimmte Umrechnung statt[3]. Mit der Einführung der Reichswährung sind alle diese Geldschulden in Schulden auf Reichswährung gesetzlich umgewandelt, und in solchen Fällen sollen gerichtliche und notarielle Urkunden und richterliche Entscheidungen, soweit sie auf eine Geldsumme lauten, auf Reichswährung lauten[4].

3. Ist die Geldschuld in ausländischer Währung ausgedrückt, so kann (abgesehen von Z. 2) vom Schuldner in Reichswährung geleistet werden (244, Abs. 1). Der Schuldner hat also die Wahl, der Inhalt der Verpflichtung ändert sich nicht, aber wenn der Schuldner Reichswährung wählt, kann der Gläubiger nicht ablehnen (Verzug). Zahlt der Schuldner in Reichswährung, so ist der Betrag der Schuld umzurechnen. Maßgebend ist dann der Kurswerth der ausländischen Münze zur Zeit der Zahlung und am Zahlungsort. Wird am Zahlungsort ein Kurs nicht notirt, so ist der am nächsten Börsenplatze notirte Kurs maßgebend (244, Abs. 2). Parteibestimmung kann diese Vorschriften außer Anwendung setzen: so kann dem Schuldner eingeräumt sein, an Stelle der Währung in usuellem Gelde zu zahlen, in Scheidemünze über den gesetzlichen Betrag hinaus, in Papiergeld. Währungsmünze wird dann zum Nennwerthe, andere Münze zum Kurswerth, Papiergeld möglicherweise zum Kurs- oder zum Nennwerth vom Gläubiger zu nehmen sein.

[1] RMünz-Ges. Art. 14, § 3.
[2] RMünz-Ges. Art. 14, § 1.
[3] RMünz-Ges. Art. 14, § 2.
[4] RMün-Ges. Art. 14, § 4. Alle Bestimmungen des Art. 14 beziehen sich nur auf Währungen, die gesetzliche Geltung hatten zur Zeit der Einführung der Reichswährung. Ueber die Behandlung der Fälle, in denen die Geldschuld auf noch ältere Währung lautet, vgl. Mandry-Geib, S. 230 f.

Digitized by Google

B. Uneigentliche Geldsortenschuld. Die Parteien können die Geldsorte bestimmt haben, in der zu leisten ist. In der Nennung einer bestimmten Münzsorte allein liegt dieser Wille noch nicht genügend ausgedrückt, da anders als durch Angabe einer bestimmten Geldsorte die Geldschuld nicht ausgedrückt werden kann. Es bedarf einer ausdrücklichen Bestimmung, wenn die Zahlung in ausländischer Währung allein erfolgen soll (244, Abs. 1)[1]. Die Parteivereinbarung kann auch dahin gehen, daß in bestimmten inländischen Währungsmünzen zu leisten ist (in Gold statt in Silber), oder in inländischem oder ausländischem Papier. Dann braucht die Bestimmung keine ausdrückliche zu sein.

1. Derartige Vereinbarungen sind gültig, soweit nicht ein Verbotsgesetz gegen den Umlauf besteht.

2. Der Schuldner ist verpflichtet, in der betreffenden Geldsorte zu leisten.

3. Ist die Geldsorte zur Zeit der Zahlung nicht mehr im Umlauf, so liegt bez. der Zahlungsfestsetzung zufällige Unmöglichkeit der Leistung vor. Es kommt nicht darauf an, daß die Geldsorte nicht mehr vorhanden ist, sondern nur darauf, daß sie nicht mehr im Umlauf ist, und zwar allgemein, nicht etwa blos am Zahlungsort; der Schuldner wird nicht befreit, wenn die Geldsorte noch im Umlaufe, aber von ihm nur mit großen Kosten beschafft werden kann. Wird der Schuldner von der Zahlung in der Geldsorte befreit, so hat er so zu leisten, als wenn die Bestimmung nicht getroffen wäre. Ist bei oder nach der Schuldbegründung Zahlung in bestimmter Währung an sich oder durch die Parteien bestimmt, zur Zeit der Zahlung aber die Währung geändert, soll z. B. in Silberwährung gezahlt werden, zur Zeit der Zahlung herrscht aber Goldwährung, so ist in Ermangelung gesetzlicher Bestimmung vom Schuldner der Betrag, auf den die Schuld zur Zeit der Währungsänderung, nicht zur Zeit der Schuldbegründung oder der Fälligkeit lautete, in der geltenden Währung zu leisten. Für diese Zeit ist z. B. das Werthverhältniß von Gold und Silber zu Grunde zu legen.

C. Auf die Geldschuld finden mehrere besondere Bestimmungen Anwendung: z. B. 270 (Erfüllungsort), 288 (Verzugsfolgen), 301 (Aufhören der Verzinsung bei Verzug des Gläubigers), 372 (Erfüllung durch Hinterlegung), 1113. 1191 (Hypothek und Grund-

[1] Ist die Schuld in inländischer Währung ausgedrückt, aber in ausländischer Währung zahlbar, so hat eine Umrechnung stattzufinden gemäß 244, Abs. 2.

Digitized by Google

schuld können nur für eine bestimmte Geldforderung eingetragen werden), 1228 (Verkauf des Faustpfandes ist erst zulässig, wenn es sich um eine Geldforderung handelt).

§ 76.

2. Die Schadensersatzschuld[1].

I. Schaden ist jeder Nachtheil, den wir an unserm Vermögen oder an anderen Gütern erleiden (Vermögensschaden, Schaden anderer Art). Der Vermögensschaden ist die Differenz zwischen dem Stande des Vermögens vor und nach dem Eintritt eines bestimmten Ereignisses. Jeder Schaden führt sich zurück auf bestimmte positive oder negative Thatsachen. Zum Schadensersatz verpflichtet sein, heißt für den Erfolg dieser positiven oder negativen Thatsachen einstehen müssen.

II. Die Schadensersatzpflicht kann durch ein besonderes Rechtsgeschäft (z. B. Schadensversicherungsverträge) übernommen sein oder si st eine gesetzliche in dem Sinne, daß das Gesetz sie anknüpft an

---

[1] Materialien: M. II. 17 ff. P. I. S. 291 ff. 620 ff. II, S. 511. VI, S. 151. D. S. 44. BRK. S. 59.

Litteratur: 1888: Laband, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 73, S. 181 ff. Hartmann, ebenda, S. 359 f. 363 ff. Bähr, Zur Beurtheilung, S. 29 ff. 1889: Mataja, Arch. f. bürg. Recht, Bd. 1, S. 267 ff. Goldschmidt, Krit. Erörterungen, S. 49 ff. 86 ff. Seuffert, Beitr., H. 11, S. 11 ff. Menger, Arch. f. sociale Gesetzgebung ꝛc., Bd. 2, S. 440 ff. 459 ff. 473. Gierke, Der Entwurf, S. 196 ff. 259. 266 ff. Bernhöft, Beitr., H. 12, S. 25 ff. v. Liszt, Beitr., H. 5, S. 29 ff. Rieszer, Zeitschrift f. d. ges. Handelsrecht, Bd. 35, (Beil.-H.), S. 398. 1890: Degenkolb, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 76, S. 1 ff. Gebhart, GA., S. 254 ff. Westrum, GA., S. 235 ff. Schmidt, GA., S. 1185 ff. 1195 ff. 1215 ff. 1225 f. Jacoby, Annalen des d. Reichs, S. 37 ff. 42. 72. Neumann, Gruch. Beitr., Bd. 34, S. 705 ff. Klöppel, ebenda, S. 29 ff. Zitelmann, Beitr., H. 9/10, S. 20. 26. 140 ff. 181. 1891: Kohler, Arch. f. bürg. R., Bd. 5, S. 225 ff. Seng, ebenda, S. 336 ff. Coith, Sächs. Arch., Bd. 1, S. 569 ff. 1892: Grützmann, Sächs. Arch., Bd. 2, S. 216 ff. Bähr, Gegenentwurf, S. 50. Jakubezky, Bemerkungen, S. 51 ff. 1893: Cretschmar, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 81, S. 171 ff. 1897: Stammler, Das Recht d. Schuldverhältnisse, S. 122 ff. 227 f. Bunsen I, § 45. 1898: Goldmann-Lilienthal, S. 144 ff. Otto, Sächs. Arch. Bd. 8, S. 654 ff. Melliger, culpa in contrahendo (2 A.) S. 24 ff. Hachenburg, Das BGB., § 57. Leske, § 42. Weyl I, § 67. Mandry-Geib, S. 499 f. 1899: Kuhlenbeck, Von den Pandekten II, § 15. Endemann I, §§ 128—132. Cosack I, § 91. Krückmann, § 35. v. Buchka, § 10. Dernburg, Das bürgerliche Recht II, §§ 24—34. 36. 37.

Digitized by Google

andere nicht rechtsgeschäftliche Thatbestände. Ein Hauptfall der gesetzlichen Schadensersatzpflicht ist die in Folge unerlaubten Verhaltens (Verletzung bestehender privatrechtlicher Verbindlichkeiten — Delikte) eintretende. Ersatz des Schadens ist übrigens nicht nur möglicher Inhalt eines Schuldverhältnisses; auch mit dinglichen Ansprüchen kann Schadensersatz verlangt werden.

III. Die Erfüllung der Schadensersatzpflicht.

Am Sichersten würde der Schadensersatzpflicht genügt werden, durch Herstellung des Zustandes, wie er ohne das entscheidende Ereigniß bestehen würde (249, vgl. 12). Weder bei Vermögens- noch bei anderen Schäden ist die Herstellung immer möglich. Der Schadensersatzpflicht wird dann genügt durch Leistung eines Aequivalentes, besonders durch Geldleistung.

Die Herstellung ist nicht beschränkt auf den Fall der Sachbeschädigung, sondern findet auch Anwendung auf sonstige restituirbare Gegenstände. Herstellung bedeutet nicht die Herbeiführung des identischen, sondern eines wirthschaftlich äquivalenten Zustandes etwa auch durch Lieferung eines anderen Stückes der Gattung[1]. Die Geldentschädigung wird in gewissen Fällen geleistet durch eine Rentenleistung (843. 845. 913. 917. Reichshaftpflichtgesetz § 7).

A. Bei Nichtvermögensschäden kann Ersatz in Geld nur ausnahmsweise gefordert werden (847. 253. 1300)[2]. Es handelt sich hier um eine Genugthuung in Geld, die sich nach den konkreten Umständen, besonders nach den Verhältnissen der Betheiligten verschieden bemißt. Genugthuung ist aber nur da zu gewähren, wo eine Verletzung fremder Persönlichkeit in solchen Gütern vorliegt, die einer allgemeinen objektiven Werthschätzung unterliegen (Leben, Ehre, Gesundheit) nicht bei blos subjektiv empfundenen Beeinträchtigungen. Unrichtig wäre es aber, wollte man bei Feststellung der Genugthuung nur rein pekuniäre Momente berücksichtigen[3]. Der Zweck der Genugthuung macht den Anspruch zu einem nicht übertragbaren und unvererblichen, solange er nicht anerkannt oder rechtskräftig festgestellt ist. Bei Nichtvermögensschäden besteht also prinzipiell nur der Anspruch auf Wiederherstellung[4]. Wo die letztere nicht

[1] Dazu Oertmann zu 249. Planck zu 249. 3. 2.

[2] Die Bestimmungen über die Buße bleiben erhalten (z. B. Str.GB. §§ 188. 231. Vgl. Dernburg, a. a. O. II, §§ 36. 37.

[3] Dernburg a. a. O. II, S. 79 f. A. M. Cosack I, S. 319.

[4] Bei der Herabsetzung einer Konventionalstrafe (343, Abs. 1), vernoth-

Digitized by Google

möglich ist, und zugleich der Gelderſatz nicht eingreift, fällt daher jeder Schadensersatzanspruch fort[1].

B. Bei Vermögensschäden hat der Ersatzpflichtige ebenfalls in erster Linie den früheren Zustand wiederherzustellen. Ist das unmöglich oder würde dem Interesse des Geschädigten so nicht voll genügt werden können, so tritt die Entschädigung in Geld ein (251, Abs. 1). Dieser Grundsatz wird aber durchbrochen.

1. Neben dem Anspruch auf Wiederherstellung hat der Gläubiger nach seiner Wahl den Anspruch auf die zur Wiederherstellung erforderliche Geldsumme, wenn wegen Verletzung der Person oder wegen Beschädigung einer Sache Schadensersatz zu leisten ist. Wählt der Gläubiger die Wiederherstellung, so verliert er den Anspruch auf Geldentschädigung in Höhe der Wiederherstellungskosten. Hierin liegt eine sogen. facultas alternativa zu Gunsten des Gläubigers[2], d. h. der Gläubiger hat aus dem gleichen Thatbestande in erster Linie den Anspruch auf Herstellung, in zweiter Linie den auf Geldentschädigung, der bedingt ist durch das Wollen des Gläubigers (249).

2. Es liegt im Interesse des Gläubigers, eher als es der regelmäßige Weg (283) ermöglicht, darüber Gewißheit zu erlangen, ob Herstellung oder Gelderſatz erfolgt. Der Gläubiger kann deshalb in allen Fällen dem Ersatzpflichtigen eine angemessene Frist setzen zur Wiederherstellung mit der Erklärung, daß er nach Ablauf dieser Frist die Wiederherstellung ablehne. Erfolgt die Herstellung nicht rechtzeitig, so kann der Gläubiger nur noch Geldentschädigung verlangen. Nicht nur der Schuldner, sondern auch der Gläubiger hat den Anspruch auf Wiederherstellung verwirkt (250)[3]. War die gesetzte Frist zu kurz, so ist sie unwirksam gesetzt. Wirksam ist aber die Setzung der Frist als einer angemessenen, ohne daß der Gläubiger sie der Dauer nach bestimmt[4].

3. Der Ersatzpflichtige kann, wenn die Herstellung des Zustandes nur mit unverhältnißmäßigen Kosten möglich ist, den Gläubiger in Geld entschädigen (251, Abs. 2).

---

wendigt sich aber auch die Schätzung eines Nichtvermögens-Interesses, ebenso bei Feststellung des Finderlohnes (971).

[1] Vgl. Hellmann, Krit. V.J.Schr. Bd. 41 (1899) S. 235.

[2] Andere Fälle: 280, Abs. 2. 281. 286, Abs. 2. 340. 1345—1347. Schollmeyer, S. 61. Planck zu 249. 3. 3.

[3] So Dernburg, a. a. O. II, S. 79, Note 7.

[4] Oertmann zu 250, 3. 3. Planck zu 250. 3. 2. Schollmeyer S. 31 3. 5. Abweichend Cosack I, S. 346.

Digitized by Google

IV. Der Umfang der Schadensersatzpflicht[1].

A. Zum Schaden gehört:

1. Die positive Vermögenseinbuße (damnum emergens). Diese schließt in sich den gemeinen objektiven Werth (Kaufwerth, Marktwerth) des geschädigten oder entzogenen Gutes (vera rei aestimatio) und den subjektiven Werth desselben, d. h. den Werth, den das Gut für die Person des Gläubigers hat (id quod interest — Interesse). Bei Feststellung des subjektiven Werthes kommen aber bloße Vorliebe und Laune des Geschädigten niemals in Betracht (Affektionsinteresse).

2. Der entgangene Gewinn (lucrum cessans). Nicht jeder mögliche Gewinn kommt hier in Betracht, sondern nur ein solcher, der dem Geschädigten auch wahrscheinlich zugegangen wäre. Die Wahrscheinlichkeit, die hier nur verlangt werden kann, liegt vor, wenn nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge oder nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen der Gewinn zu erwarten war (252)[2]. Daß nur rechtlich und sittlich erlaubte Vorkehrungen in Betracht kommen, ist selbstverständlich.

B. Im rechtsgeschäftlichen Verkehre ist der Gegensatz von positivem und negativem Geschäfts- besonders Vertragsinteresse von Bedeutung (122. 179. 307. 309).

1. Das positive Geschäftsinteresse umfaßt alle die Vortheile, die Jemand aus dem vollwirksamen Geschäfte erwachsen wären;

2. das negative dagegen Das, was man gehabt hätte, wenn man auf den vollwirksamen Abschluß des Geschäftes, der sich als Schein erweist, nicht vertraut hätte, auf den man vertrauen durfte (Auslagen für Abschluß und Vermittelung des Geschäftes ꝛc.).

C. In Ausnahmefällen wird der Umfang der Schadensersatzpflicht vom Gesetz beschränkt. So in 1298. 1299. 122. 847. 179, Abs. 2. 307. In anderen Fällen wird, ohne daß es eines besonderen Nachweises des Schadens bedarf, der Schadensersatz in bestimmtem Umfange gesetzlich fixirt, 288. 290. 849. 340, Abs. 2.

---

[1] Der Umfang der Schadensersatzpflicht hängt da, wo sie sich auf schuldhaftes Handeln stützt, nicht vom Grade der Schuld ab, weder nach BGB. noch CPO. § 287. Vgl. Goldmann-Lilienthal, S. 185. Stammler, a. a. O., S. 123. Note 7. A. M. Dernburg, a. a. O. II, S. 69 f. Anders HGB. §§ 430 ff. 611 ff.

[2] Der Sinn der Bestimmung ist der, daß der Ersatz des entgangenen Gewinnes dadurch eingeschränkt werden soll, daß das Erforderniß des ursächlichen Zusammenhanges (Text V) näher präzisirt wird. Vgl. gegen Planck, S. 22, besonders Schollmeyer, S. 37 f. Oertmann zu 252. 3. 1. Dernburg, S. 71 f.

Digitized by Google

D. Die Berechnung des Schadens kann nur mit Rücksicht auf einen bestimmten Ort und eine bestimmte Zeit erfolgen. Als Ort ist regelmäßig der Erfüllungsort, bei Sachbeschädigungen der Ort, an dem sich die Sache zur Zeit der Verletzung befand, zu Grunde zu legen. Als Zeit der Berechnung kommt bei Schadensersatzforderungen aus Delikt die Zeit der Verletzung in Betracht, es müssen aber Vergrößerungen und Minderungen des Schadens durch spätere Ereignisse bis zum Urtheil Berücksichtigung finden; bei Schadensersatzforderungen wegen Nichterfüllung ist der Zeitpunkt des Urtheiles maßgebend, der Gläubiger kann aber auch schlechthin auf die Zeit des Verzuges zurückgreifen. Ist aber schon vor dem Urtheil durch schuldhaftes Handeln Unmöglichkeit der Leistung eingetreten, so ist dieser Zeitpunkt maßgebend wie bei den Verletzungen durch Delikt[1].

V. Es muß ursächlicher Zusammenhang zwischen der entscheidenden Thatsache und dem eingetretenen Schaden vorliegen. Ist die Schadensersatzpflicht an eine schuldlose oder schuldhafte (vorsätzliche oder fahrlässige) Handlung des Ersatzpflichtigen geknüpft, so muß demnach der ursächliche Zusammenhang zwischen dieser Handlung und dem Erfolge vorliegen.

A. Gleichgültig ist, ob das Ereigniß unmittelbar oder mittelbar, d. h. durch dazwischentretende andere Ereignisse, oder besondere Disposition des verletzten Objektes den schädigenden Erfolg herbeiführte (mittelbarer, unmittelbarer Schaden).

B. Gleichgültig ist ferner, ob der Ersatzpflichtige den durch das Ereigniß herbeigeführten Erfolg voraussehen konnte oder ob der Eintritt des Schadens wahrscheinlich war. Der Kommissionär, der den übernommenen Verkauf von Bergwerksaktien fahrlässigerweise unterläßt, haftet, wenn nach Schluß der Börse das Bergwerk ersoffen ist. Der Verkäufer, welcher Treber liefert, die durch giftige Mikroben infizirt sind, haftet, wenn der ganze Viehstand des Klägers vernichtet wird. Nach dem BGB. würde die Beschränkung auch in Widerspruch stehen mit 287, der sie nicht kennt. Ist aber die Schadensersatzpflicht an schuldhaftes Handeln angeknüpft, so kann es an der Schuld fehlen, wenn der Handelnde die Folgen nicht voraussehen konnte.

C. Auch nothwendige Folge des zu vertretenden Ereignisses braucht der Schaden nicht zu sein.

D. Trotzdem haftet man nicht, wenn das zum Schadensersatz verbindende Ereigniß überhaupt in einem ursächlichen Zusammenhange

[1] Vgl. Schollmeyer, S. 39.

Digitized by Google

mit dem schädigenden Erfolge steht[1], sondern nur dann, wenn das fragliche Ereigniß eine wesentliche, nächste Bedingung des Erfolges gesetzt hat. Man darf also den ursächlichen Zusammenhang nicht immer schon dann annehmen, wenn sich ergiebt, daß der Erfolg, der eingetreten ist, nicht eingetreten sein würde, wenn das betreffende Ereigniß nicht gewesen wäre. Nur das die nächste Bedingung des Erfolges setzende Ereigniß ist Ursache, jedes andere nur eine Veranlassung des Erfolges. Was als nächste Bedingung des Erfolges erscheint, ist aber nur im einzelnen Falle nach den besonderen Umständen feststellbar. Es kann besonders die schuldhafte Handlung Jemandes als wahre Ursache erscheinen, obwohl zwischen diese Handlung und den Erfolg eine freie Handlung des Verletzten oder Dritter trat, z. B. A setzt schuldhafterweise das Haus des B in Brand, B oder X suchen den im Hause befindlichen Z zu retten und erleiden hierbei Schaden. Dem entsprechend muß auch der Fall gleichzeitigen Verschuldens des Beschädigten beurtheilt werden. Liegt ein Ereigniß (schuldhafte, schuldlose Handlung, sonstiges Ereigniß), für dessen Folgen Jemand einzustehen hat, zugleich aber schuldhaftes Handeln (Vorsatz, Fahrlässigkeit) des Beschädigten vor, so können jenes Ereigniß und die schuldhafte Handlung beide und zwar in gleichem oder verschiedenem Maße als Ursachen erscheinen oder nur eines von beiden. Es kann also die Schadensersatzpflicht gänzlich oder zum Theil ausgeschlossen sein (254, Abs. 1). Diese Erwägung greift auch Platz, wenn der Geschädigte wider Treu und Glauben es schuldhafterweise unterlassen hat, den Schadensersatzpflichtigen auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die der Pflichtige weder kannte noch kennen mußte, z. B. der Droschkenkutscher, der sich in der Zeit versäumt, haftet nicht für den etwaigen ungewöhnlich hohen Schaden, wenn nicht der Fahrgast ihm zuvor von dieser Eventualität Mittheilung gemacht hat (vgl. 702, HGB. § 429, Abs. 2)[2]. Das Gesetz läßt hier also niemals die größere Schuld entscheiden (sog. compensatio culpae), sondern den größeren Antheil an der Verursachung[3].

In gleicher Weise kann es an dem ursächlichen Zusammenhang zwischen dem zu vertretenden Ereigniß und dem Erfolge fehlen, wenn

[1] So v. Liszt, Die Deliktsobligationen im BGB. S. 70.

[2] Die Einschränkung dieser Bestimmung auf Verträge vertritt Planck zu 254.

[3] Vgl. Cohn, Gruch. Beitr. Bd. 43 (1899) S. 96 ff. 376 ff. Ferner gegen Planck, S. 25. 26. Schollmeyer, S. 43 f.

Digitized by Google

der Geſchädigte die Abwendung[1] oder Minderung des Schadens unterläßt, z. B. der Verletzte unterzieht ſich einer Operation nicht, der ſich jeder vernünftige Menſch unterziehen würde. Man kann in ſolchen Fällen nicht ſagen, daß der Geſchädigte zur Abwendung und Minderung *verpflichtet* ſei, ſondern nur, daß ſein Schadenserſatzanſpruch fortfällt, ſobald er Maßregeln unterläßt, die ein vernünftiger und redlicher Mann treffen würde. Das Verhalten ſeines geſetzlichen Vertreters und ſeines Gehülfen hat der Geſchädigte wie ſein eigenes Verhalten zu vertreten (254, Abſ. 2. 278)[2].

Die Schadenserſatzpflicht des Erklärenden nach 118. 119. 120 wird aber abweichend von dieſen Grundſätzen behandelt. Sie fällt ſchlechthin, d. h. ohne daß es noch einer Abwägung wie nach 254 bedürfte, fort, wenn der Geſchädigte den Grund der Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit kannte oder kennen mußte (122). Ebenſo beſtimmen 179, Abſ. 3 und 307, und eine beſondere Regelung findet ſich ferner in 460. 463.

Aus unerlaubten Handlungen kann neben dem unmittelbar Betroffenen noch ein Dritter ſchadenserſatzberechtigt ſein. Der Schadenserſatzpflichtige kann ſich dem Dritten gegenüber auf das verurſachende Verhalten des unmittelbar Betroffenen in derſelben Weiſe berufen wie dem unmittelbar Verletzten ſelbſt gegenüber (844. 845. 846).

VI. Hat das zu vertretende Ereigniß zugleich *Nachtheil* und *Vortheil* für den Schadenserſatzberechtigten gebracht, ſo fragt ſich, ob der Beſchädigte ſich den Vortheil auf den Schaden anrechnen laſſen muß (compensatio lucri cum damno), z. B. der Verletzte erhält von einem dritten, freiwillig Eintretenden volle oder theilweiſe Deckung des erlittenen Schadens oder er erhält Erſatz von einem Verſicherer auf Grund des Verſicherungsvertrages oder Penſionen und Renten aus öffentlichen Kaſſen. Nur für den Dienſtvertrag giebt das BGB. (515. 516) eine Vorſchrift. Im Uebrigen iſt die Frage aus der Natur der Sache zu beantworten, aber kaum hinreichend geklärt. Erfolgt die Deckung des Schadens nur zu Gunſten des Geſchädigten, nicht auch, um die Schuld des Schadenserſatzpflichtigen zu tilgen, ſo kann ſich der letztere im Allgemeinen nicht darauf berufen, daß der Schaden ſchon ganz oder theilweiſe gedeckt ſei (vgl. 843, Abſ. 4). Anders wird es liegen, wenn die Deckung des Schadens in Folge von eigenen vorbeugenden Maßregeln des Geſchädigten eintritt, zu denen

---

[1] Eine beſondere Anwendung des Satzes enthält § 839, Abſ. 3.

[2] Vgl. Cohn, a. a. O. S. 124 ff.

Digitized by Google

er als vernünftiger und redlicher Mann gehalten war. Diese vorbeugenden Maßregeln des Geschädigten können wohl nicht anders behandelt werden, als die entsprechenden abwehrenden und mindernden in 254, Abs. 2; vgl. auch 255 (VII)[1].

VII. Hat Jemand auf Grund persönlichen[2] oder dinglichen Anspruches Schadensersatz wegen Verlustes einer Sache oder eines Rechtes zu leisten, so kann er auch nach Erfüllung der Schadensersatzpflicht Abtretung der dinglichen oder persönlichen Ansprüche verlangen (273), die dem Geschädigten auf Grund des Eigenthumes oder des Rechtes gegen Dritte zustehen. Es geht also weder der betreffende Anspruch kraft Gesetzes über, noch das betreffende Recht selbst, auf welches er sich gründet. Der Grund der Bestimmung liegt darin, daß der Geschädigte nicht mehr als seinen Schadensersatz erhalten soll (255).

VIII. Die Verjährung der Schadensersatzforderung ist in bestimmten Fällen selbständig geregelt (852). Wo das nicht der Fall ist, verjährt die Schadensersatzforderung wegen Nichterfüllung oder verspäteter Erfüllung in der gleichen Frist, wie die ursprüngliche Forderung, weil sie sich aus dieser entwickelt hat und nur eine Entwicklungsphase dieser darstellt[3].

§ 77.

3. Die Aufwendungsersatzschuld und das Wegnahmerecht[4].

I. Der Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen und das Recht zur Wegnahme von Einrichtungen kann sowohl gegenüber dinglichen wie persönlichen Ansprüchen gegeben sein. Unter welchen Voraussetzungen Aufwendungen zu ersetzen sind und Einrichtungen weggenommen werden dürfen, und welche Aufwendungen bezw. Einrichtungen, ist an den einzelnen Stellen des Systemes hervorgehoben

[1] Vgl. über die schwierige Frage Eichhoff, Ueber die compensatio lucri cum damno (Diss. 1896), Stammler, a. a. O., S. 227 ff. Dernburg, a. a. O. II, S. 74, will darauf abstellen, ob der aus demselben Ereigniß erwachsende Nachtheil oder Vortheil in innerem Zusammenhange miteinander stehen. Man wird aber zu fragen haben, welcher Art dieser innere Zusammenhang sein muß, um die compensatio zu rechtfertigen.

[2] A. M. Schollmeyer S. 47. Vgl. aber Planck, S. 28 und Oertmann S. 19.

[3] Vgl. Hellmann, Krit. V.J.Schr. Bd. 40 (1898). A. M. Cosack I, S. 315. Note 2.

[4] Materialien: P. III, S. 354 f. 406. VI, S. 152. BRR. S. 61.

Litteratur: 1897: Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse, S. 103. Bunsen I, § 40. 1898: Leske, § 42. 1899: Cosack I, §§ 88. 96. v. Buchka, § 10. Endemann I, § 128, IV, V. Dernburg, Das bürgerl. Recht II, § 35. III. § 122.

Digitized by Google

(vgl. 304. 347. 450. 500. 538. 547. 601. 850. 994—997. 999—1003. 1049, Abs. 2. 1216. 2022—2024. 2125. 2381 ꝛc.).

II. Inhalt der Aufwendungsersatzpflicht.

A. Der Ersatzpflichtige hat den zu ersetzenden aufgewendeten Geldbetrag oder den als Ersatz des Werthes der aufgewendeten Gegenstände zu leistenden Geldbetrag von der Zeit der Aufwendung an zu verzinsen. Die Zinsen bilden den Ersatz für die dem Aufwendenden entgangene Nutzung des Aufgewendeten. Hat daher der Aufwendende Aufwendungen auf einen Gegenstand gemacht, den er dem Ersatzpflichtigen herauszugeben hat, z. B. der Entleiher die geliehene Sache an den Verleiher, so hat der Ersatzpflichtige keine Zinsen zu zahlen, solange dem Ersatzberechtigten wie z. B. dem Nießbraucher die Früchte und Nutzungen des Gegenstandes ohne Vergütung verbleiben (256).

B. Soweit Jemand berechtigt ist, Ersatz für Aufwendungen zu verlangen, kann er auch die Befreiung von übernommenen Verbindlichkeiten verlangen. Ist die Verbindlichkeit noch nicht fällig, so hat der Ersatzpflichtige die Wahl, ob er den Ersatzberechtigten befreien oder ihm Sicherheit leisten will (257).

C. Wer berechtigt ist, von einer herauszugebenden Sache Einrichtungen wegzunehmen, muß die Sache selbst in dem früheren Zustande wieder herstellen. Gegenüber dem Besitzer der Sache hat der zur Wegnahme der Sache Berechtigte den Anspruch auf Gestattung der Wegnahme gegen Leistung von Sicherheit für den durch die Wegnahme entstehenden Schaden (258).

III. Der Gläubiger kann den Anspruch sowohl im Wege der Klage wie des Zurückbehaltungsrechtes (273, Abs. 2, vgl. Bd. I, § 69) geltend machen. Ueber die Folgen des Verzuges und der Rechtshängigkeit des Anspruches auf Ersatz der Aufwendungen vgl. 292, Abs. 2, Bd. I, § 80, III.

§ 78.

4. Die Verpflichtung zur Rechnungslegung, Auskunftsertheilung und zur Leistung des Offenbarungseides[1].

I. Die Verpflichtung zur Rechnungslegung.

A. Die Verpflichtung, Rechenschaft abzulegen gehört in gewissen Fällen zu den Vertragspflichten des Schuldners, z. B. beim Gesell-

[1] Materialien: M. II. S. 537 f. 893 ff. P. II. S. 357 ff. 778 ff. VI, S. 457 f. 556. 654. 728. D. S. 45 ff. Begrdg. der Nov. z. CPO. S. 98 f 168.

Litteratur: 1888: Bähr, Zur

Digitized by Google

schaftsvertrag (713. 740), beim Auftrag (666), bei Dienst- und Werkverträgen, die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande haben (675), bei der Geschäftsführung ohne Auftrag (681), oder sie gehört zu den Pflichten des dinglich Berechtigten, z. B. des nutzungsberechtigten Pfandgläubigers (1214), in anderen Fällen ist die Pflicht unmittelbar durch Gesetz gewissen Verwaltern fremden Gutes auferlegt, z. B. dem Vereinsvorstande (27, Abs. 3. 40. 48. 86), dem Manne bez. der Verwaltung des eingebrachten Gutes der Frau (1421. 1546), dem Vater und der Mutter bez. des Kindesvermögens (1667. 1681. 1686), dem Vormund und Pfleger bez. des Mündelgutes (1840. 1841. 1890. 1891. 1897. 1915), dem Vorerben bez. der Erbschaft (2130, Abs. 2), dem Testamentsvollstrecker bez. des Nachlasses (2218), den Erben bei angeordneter Nachlaßverwaltung und bei Nachlaßkonkurs (1978)[1].

B. In welcher Weise dieser Pflicht genügt wird, bestimmt sich aus dem begründenden Verhältniß und der Art des Gegenstandes, bez. dessen Rechenschaft abzulegen ist. Bezieht sich die Pflicht auf eine mit Einnahmen und Ausgaben verbundene Verwaltung, so kann der Berechtigte die Mittheilung einer die geordnete Zusammenstellung der Einnahmen oder der Ausgaben enthaltenden *Rechnung* verlangen und die Vorlegung von Belegen, soweit solche ertheilt zu werden pflegen. Er kann hierauf klagen, die Zwangsvollstreckung betreiben (259, Abs. 1) und, wenn Grund zu der Annahme besteht, daß die in der Rechnung enthaltenen Angaben über die *Einnahmen* nicht mit der erforderlichen Sorgfalt gemacht worden sind und es sich um eine Angelegenheit von Erheblichkeit handelt, den Offenbarungseid verlangen (259, Abs. 2. 3), daß der Verpflichtete nach bestem Wissen die Einnahmen so vollständig angegeben habe, als er dazu im Stande sei.

Beurtheilung, S. 82 ff. 1889: Bähr, Arch. f. bürg. R., Bd. 2, S. 112 ff. Fischer, Beitr., H. 6, S. 38. 1890: Hartmann, GA., S. 355 ff. Berolzheimer, GA., S. 308. 316. Klewitz, Die Verpflichtung zur Rechnungslegung. 1891: Scheuffler, Sächs. Arch., Bd. 1, S. 233 ff. 1892: Bähr, Gegenentwurf, S. 160 ff. Jakubezky, Bemerkungen S. 183 f. 1895: Lobe, Sächs. Arch., Bd. 5, S. 117 ff. 1897: Bunsen I, § 46. 1898: Treitel, Arch. f. bürg. R., Bd. 14, S. 1 ff. Hachenburg, Das BGB., S. 134. 372. 375. Otto, Sächs. Arch. Bd. 8, S. 660 ff. Leske, § 42. Weyl I, § 68. 1899: Cosack I, § 96. Krückmann, § 35. v. Buchka, § 10. Endemann I, § 120. Dernburg, Das bürgerl. Recht II, §§ 38 bis 41. Schepp, Das öffentl. R. im BGB. (1899) S. 38 f.

[1] Besonderheiten bestehen bei der Vormundschaft 1840 ff. und bei der Inventarserrichtung 1993 ff. 2006. 2028.

Digitized by Google

II. Die Verpflichtung zur Auskunftsertheilung (260).

A. Eine Verpflichtung, Auskunft zu ertheilen gehört in gewissen Fällen zu den Vertragspflichten des Schuldners, z. B. des Verkäufers (444), des Beauftragten (666), beim Dienst- und Werkvertrage, dessen Gegenstand eine Geschäftsbesorgung ist (675), bei der Geschäftsführung ohne Auftrag (681). Sie besteht ferner für den Cedenten gegenüber dem Cessionar (402), für den Ehemann bez. des eingebrachten Gutes (1374. 1394. 1421), für die Eltern bez. des Kindesgutes (1681. 1686), den Vormund, Gegenvormund, Pfleger (1890. 1891. 1897. 1915), den Besitzer der Erbschaft (2018. 2027), den Vorerben (2127. 2130. 2136), den Miterben (2057), für den Besitzer des unrichtigen Erbscheines (2362, Abs. 2), für den Fiskus gegenüber den Nachlaßgläubigern (2011), den Erben gegenüber dem Pflichttheilsberechtigten (2314), den Nachlaßpfleger und -Verwalter gegenüber den Erbschaftsgläubigern (2012), den Erben zur Aufnahme des Inventars (2003, Abs. 2).

B. Wie der Pflicht zur Auskunftsertheilung genügt wird, ergiebt sich aus dem Gegenstande und der Natur des Rechtsverhältnisses. Ist Jemand aber verpflichtet, einen Inbegriff von Gegenständen herauszugeben oder über den Bestand eines solchen Inbegriffes Auskunft zu geben, so hat er dem Berechtigten ein Verzeichniß des Bestandes vorzulegen und, wenn Grund zu der Annahme besteht, daß das Verzeichniß nicht mit der erforderlichen Sorgfalt aufgestellt ist und es sich nicht um eine unbedeutende Angelegenheit handelt, den Offenbarungseid zu leisten, „daß er nach bestem Wissen den Bestand so vollständig angegeben habe, als er dazu im Stande sei". Unter Inbegriffen sind nicht nur Sachgesammtheiten, sondern auch andere Mehrheiten von Vermögensgegenständen zu verstehen, soweit nur der Berechtigte nach der Art des Verpflichtungsgrundes nicht in der Lage ist, die einzelnen Gegenstände angeben zu können (260).

III. Die Verpflichtung zur Ableistung des Offenbarungseides (261)[1].

Wer verpflichtet ist, den Offenbarungseid zu leisten und unter welchen Voraussetzungen, und wer berechtigt ist, die Ableistung zu fordern, ergiebt sich aus I. und II.

1. Der Verpflichtete ist von der Ableistung nicht zu befreien,

[1] Ueber die Klage auf Leistung des Offenbarungseides vgl. CPO. § 254.

Digitized by Google

wenn er sich zum Beweise der Richtigkeit der Rechnung oder des Verzeichnisses erbietet.

2. Der Offenbarungseid wird vor Gericht geleistet, und zwar wenn der Verpflichtete zur Ableistung verurtheilt ist, vor dem Prozeßgericht, wenn er freiwillig geleistet wird, vor dem Amtsgericht des Ortes, an dem die Pflicht zur Rechnungslegung (I.) oder Auskunftsertheilung (II.) zu erfüllen war. Verpflichtete, die ihren Wohnsitz oder Aufenthalt im Inlande haben, können den Eid auch vor dem Amtsgericht ihres Wohnsitzes oder Aufenthaltsortes leisten.

3. Das Gericht kann eine den Umständen entsprechende Aenderung der Eidesnorm (I. II.) beschließen.

4. Die Kosten der Eidesabnahme hat der sie Verlangende zu tragen.

5. Die Abnahme des Eides erfolgt nach den Vorschriften der CPO. §§ 888. 889. 478 ff. 902.

6. Erfolgt die Ableistung des Eides nicht, so ist der Gläubiger, von der Bestimmung in 2006, Abs. 3 abgesehen, auf die Geltendmachung seines Interesses verwiesen.

§ 79.

5. Die Zinsschuld[1].

I. Begriff des Zinses.

Zinsen sind die für die Nutzung einer Menge von vertretbaren Sachen (Kapital) festgesetzte periodische Gegenleistung, die in einer

[1] Materialien: M. II. S. 15 f. 62 ff. 195 ff. P. I. S. 290 f. II. S. 323. 326 ff. 472 ff. P. VI. S. 175 f. 584. D. S. 41 ff. BRK. S. 56 ff.

Litteratur: 1888: Laband, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 73, S. 181. Hartmann, ebenda, S. 353 ff. Poland, Bemerkungen, S. 9. Bähr, Zur Beurtheilung, S. 25 f. 1889: Koch, Beitr., H. 4, S. 19 ff. Gierke, Der Entwurf, S. 104. 200 ff. Derselbe, D. sociale Aufgabe des Priv.-R. (Vortr.), S. 30. Menger, Arch. f. sociale Gesetzgebg. ꝛc., Bd. 2, S. 445 ff. Laband, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 74, S. 17. Seuffert, Beitr., H. 11, S. 11. Planck, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 75, S. 409 ff. Verhandlungen des Pr. Landes-Ök.-Koll., S. 254 ff. 505 ff. 899. 1892: Jakubezky, Bemerkungen, S. 81 f. Bähr, Gegenentwurf, S. 49. 71. 1897: Cohn, Gruch. Beitr., Bd. 41, S. 784 ff. Stammler, D. Recht d. Schuldverhältnisse, S. 146 ff. Bunsen I, § 44. 1898: Leske, § 42. Weyl I, §§ 66. Hachenburg, S. 16 f. Otto, Sächs. Arch. Bd. 8, S. 651 ff. Mandry-Geib, S. 409 ff. 1899: Kuhlenbeck, Von den Pandekten ꝛc. II, § 31. Cosack I, §§ 89. 90. Krückmann, § 35. v. Buchka, § 10. Endemann I, § 122. Dernburg, Das bürgerl. Recht II, §§ 18—23.

Digitized by Google

Quote des Kapitals besteht. Da Zinsen Aequivalent der Nutzung sind, so unterscheiden sie sich von den Amortisationsquoten, die allerdings wie Zinsen berechnet sein können, und von Dividenden, die Antheile am Gewinn bedeuten. Auch die Zinsen müssen in vertretbaren Sachen bestehen (Geldzinsen, andere Zinsen). Andere Vortheile (Ueberlassung des Gebrauches von Sachen des Schuldners, Diensten) sind nicht Zinsen. Die Berechnung des Zinses erfolgt für Jahresabschnitte.

II. Die Zinsschuld besteht neben einer Hauptschuld, der Kapitalschuld. Hierin unterscheidet sie sich von der Rente. Die Vorschriften über Zinsen finden aber beschränkte Anwendung auf gewisse Rentenleistungen (1107. 1199, Abs. 2). Die Zinsschuld entsteht nicht ohne die Hauptschuld, und sie hört auf, wenn die Hauptschuld aufgehoben ist. Letzteres gilt nicht für die Zinsscheine von Schuldverschreibungen, die auf den Inhaber lauten (803). Die bis zur Aufhebung der Hauptschuld verfallenen Zinsen bleiben aber geschuldet, sind also auch gerichtlich verfolgbar nach Aufhebung der Hauptschuld. Das gilt auch für die gesetzlichen Zinsen. Die Schuld auf rückständige Zinsen ist auch insofern selbständig, als der Gläubiger das Angebot der rückständigen Zinsen ohne Angebot des Kapitales nicht auf Grund von 266 ablehnen darf[1]. Ob in der vorbehaltlosen Annnahme des Kapitales durch den Gläubiger ein Verzicht auf die Zinsen liegt, ist eine durch Auslegung zu lösende Frage. Aus Zweckmäßigkeitsrücksichten, nicht wegen des Grundsatzes der accessorischen Qualität der Zinsschuld, tritt Verjährung der Zinsforderung schlechthin ein, sobald die Hauptforderung verjährt ist (224).

III. Die Begründung der Zinsschuld.

Die Zinsschuld versteht sich nicht von selbst, sondern bedarf der Begründung. Für die Entstehung der Zinsschuld bestehen ebensowenig wie für die der Kapitalschuld Vermuthungen. Der Grund ist entweder

A. Rechtsgeschäft: einseitiges Versprechen (z. B. durch Schuldverschreibung auf den Inhaber), Vertrag, letztwillige Verfügung (rechtsgeschäftliche Zinsen). Längere Zeit fortgesetzte Zinszahlung begründet an sich weder die Zins- noch die Kapitalschuld.

B. Gesetz (gesetzliche Zinsen). Die Hauptfälle des Gesetzes sind: Zinsen von Verwendungen (256), Verzugszinsen (288. 289. 290), Prozeßzinsen seit Rechtshängigkeit und Fälligkeit (291),

[1] A. M. Cosack I, S. 307.

Digitized by Google

im Falle des Rücktrittes vom Vertrage (347), bei Verwendung fremden Geldes in eigenem Nutzen (668. 675. 681. 698. 1834. 1915), des Käufers und Bestellers bez. des Preises und der Vergütung 452. 641), bei ungerechtfertigter Bereicherung und rechtswidriger Entziehung und Beschädigung (819. 820. 849), ferner vgl. 1133[1]. Die gesetzlichen Zinsen sind Zinsen in Geld.

IV. Der Zinsfuß.

A. Die Höhe der gesetzlichen Zinsen bestimmt das Gesetz, die der rechtsgeschäftlichen Zinsen das Rechtsgeschäft. Wenn das Gesetz, das die Zinspflicht anordnet, oder das Rechtsgeschäft schweigt, so beträgt der Zins 4 vom Hundert für das Jahr[2]. Ob das Rechtsgeschäft schweigt, ist eine Frage der Auslegung. Es kann z. B. ein Vertrag auch stillschweigend die landes- oder ortsüblichen Zinsen oder die sonst unter den Parteien bedungenen Zinsen festgestellt haben, oder endlich die Vereinbarung über die Höhe des Zinses ist vorbehalten (154). Stellt ein richterliches Urtheil die Zinspflicht, aber nicht die Höhe derselben fest, so muß der Antrag auf Ergänzung des Urtheiles (CPO. § 321) gestellt oder neue Klage erhoben werden (246).

In den Landesgesetzen, die neben dem BGB. in Geltung bleiben, kann ein höherer Zins festgesetzt sein[3].

B. Die Höhe der vertragsmäßigen Zinsen unterliegt der freien Vereinbarung der Parteien. Eine Grenze bilden die reichsrechtlichen Bestimmungen über den Wucher[4] und die Vorschrift in 138, Abs. 2 (Bd. I, § 54). Sind aber mehr als sechs vom Hundert vereinbart, so hat der Schuldner nach Ablauf von sechs Monaten seit Hingabe des Geldes[5] das durch Vertrag unentziehbare und unbeschränkbare Recht der Kündigung unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Monaten. Auf Schuldverschreibungen auf den Inhaber findet das Kündigungsrecht aber keine Anwendung (247)[6].

---

[1] Vgl. HGB. §§ 353. 354. 355.

[2] Nach HGB. § 352: fünf vom Hundert; nach WO. Art. 50. 81 sechs Prozent.

[3] Vgl. aber Preuß. AG. z. BGB. Art. 10. Sachsen-Altenb. AG. z. BGB. § 21. Sachsen-Weimar. AG. z. BGB. § 27. Elsaß-Lothr. AG. z. BGB. § 9. Anhalt. AG. z. BGB. Art. 12. Braunschwg. AG z. BGB. § 20. Sächs. AG. z. BGB. § 3.

[4] RGesetz vom 24. Mai 1880 und 19. Juni 1893, EG. Art. 47.

[5] Oertmann, S. 9.

[6] Das Reichsgesetz vom 14. November 1897 ist aufgehoben. EG. Art. 39.

Digitized by Google

C. Eine im Voraus getroffene Vereinbarung, daß fällige Zinsen wieder Zinsen tragen sollen, ist nichtig (Anatocismus). Dagegen ist eine Zinsabrede über bereits fällige Zinsen gültig, und es können rückständige Zinsen in eine zinsbare Darlehnsschuld sehr wohl verwandelt werden. Die vom Gesetz aufgestellte Beschränkung fällt zudem fort, wenn

1. Sparkassen, Kreditanstalten und Inhaber von Bankgeschäften im Voraus mit ihren Kunden vereinbaren, daß Zinsen von Einlagen als neue verzinsliche Einlage gelten sollen und

2. wenn Kreditanstalten, die berechtigt sind, in Höhe der von ihnen gewährten Darlehne Schuldverschreibungen auf den Inhaber auszugeben, von ihren Darlehnsschuldnern die Verzinsung rückständiger Zinsen im Voraus sich versprechen lassen (248)[1].

Der Grund der Ausnahme zu Z. 1 liegt darin, daß die ratio des Gesetzes (Verhütung der Uebervortheilung des Schuldners) fortfällt, die Ausnahme zu Z. 2 rechtfertigt sich dadurch, daß die betreffenden Institute ihren eigenen Gläubigern in strenger Weise zur Zahlung verbunden sind.

V. Die Zinsschuld hat ferner ihre Eigenthümlichkeit bei der Verjährung (197. 223. 224, vgl. Bd. I, § 64), beim Verzuge (Bd. I, §§ 80, 81), auch im Konkurse (KO. §§ 62. 63) und Prozeß (CPO. §§ 4. 321).

§ 80.

Zeit der Leistung, Schuldnerverzug und Rechtshängigkeit[2].

I. Bei der Zeit der Leistung handelt es sich um die Fragen, wann der Gläubiger die Leistung beanspruchen und wann der

[1] Weitere Ausnahmen nach HGB. § 355 für den Kontokurrentverkehr zwischen Kaufleuten und Nichtkaufleuten. Vgl. RGesetz vom 19. Juni 1893. II. Art. 4. Schepp, Das öffentl. R. im BGB. (1899) S. 37 f.

[2] Materialien: M. II. S. 37 ff. 56 ff. 199. P. I. S. 309 f. 323 ff. 626. 640 ff. D. S. 48 f. BRK. S. 50 56 ff. 61. Begründg. der Nov. z. CPO. S. 99 f. BRK. z. Nov. z. CPO. S. 325 f.

Litteratur: 1888: Bähr, Zur Beurtheilung, S. 27 ff. 32 ff. 37. 124 ff. Laband, Arch f. d. civ. Pr., Bd. 73, S. 200. Jacoby, Annalen des d. Reichs, S. 590. 1889: Goldschmidt, Krit. Erörterungen, S. 88. Seuffert, Beitr., H. 11, S. 19 ff. Zitelmann, Beitr., H. 7/8, S. 149 ff. Meischeider, Beitr., H. 3, S. 55 ff. Gierke, Der Entwurf, S. 199 f. 215. Laband, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 74, S. 18 ff. Laband, ebenda, S. 23 ff. Gierke, Die sociale Aufgabe des Priv.-R. (Vortr.), S. 30. Koch, Beitr., H. 4, S. 30. Rieszer, Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht, Bd. 35 (Beil.-H.), S. 410. 412. 420 ff. Bekker, System II, S. 61. 1890: Linkelmann,

Digitized by Google

Schuldner die Annahme der Leistung dem Gläubiger wirksam anbieten kann. Der Zeitpunkt, in dem der Gläubiger die Leistung fordern kann, ist der der Fälligkeit[1], der Zeitpunkt, in dem der Schuldner wirksam anbieten kann, der der Erfüllbarkeit.

A. Fälligkeit und Erfüllbarkeit liegen regelmäßig vor mit der Entstehung des Forderungsrechtes. Anders liegt es

1. wenn sich aus den Umständen ein gewisser Aufschub der Leistung von selbst ergiebt. Die Natur der Leistung und andere individuelle Umstände können es mit sich bringen, daß dem Schuldner für die Beschaffung oder dem Gläubiger zur Annahme der Leistung gewisse Zeit zu lassen ist oder auch Beides;

2. wenn die Auslegung des Gesetzes oder Rechtsgeschäftes nach Treu und Glauben einen gewissen Aufschub der Leistung als gewollt ergiebt (133. 157. 226). Ist die Bestimmung der Zeit der Leistung in das freie Belieben des Schuldners gestellt, so würde 242 in Betracht kommen, vorausgesetzt natürlich, daß nicht das Leistenwollen überhaupt dem Schuldner überlassen ist.

B. Ist für die Leistung eine Zeit durch Gesetz[2] oder Rechtsgeschäft bestimmt, so tritt Fälligkeit erst mit diesem Zeitpunkt ein; der Schuldner kann aber die Leistung schon vorher bewirken.

1. Die Zeitbestimmung kann in verschiedener Weise getroffen sein. Häufig ist die Kündigungsklausel mit und ohne Kündigungsfrist[3]. Unbestimmte Formulirungen wie: „ehestens, sobald thunlich oder möglich, in Kurzem, nach und nach, bei guter Gelegenheit, in einigen oder etlichen Jahren, Monaten, Wochen, Tagen" sind durch

GA., S. 46. 51. Gebhart, GA., S. 262ff. 267. Jacoby, Annalen d. d. Reichs, S. 42 f. 48 ff. Zitelmann, Beitr., H. 9/10, S. 142. 1891: Lehmann, Die Ausweitung der debitorischen Verzugswirkungen. Reinhold, Gruch. Beitr., Bd. 35, S. 242 ff. 1892: Jakubezky, Bemerkungen S. 58. Bähr, Gegenentwurf, S. 54 f. Grützmann, Sächs. Arch. Bd. 2, S. 221 f. 1897: Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse, S. 72, N. 1–4. 140 ff. 145. Bunsen I, § 48. 1898: Weyl Arch. f. bürgerl. R. Bd. 14, S. 117 ff. Otto, Sächs. Arch. Bd. 8, S. 669 f. 683 ff. Stobbe-Lehmann III, § 229. Leske, § 44. Weyl I, § 75. Goldmann-Lilienthal, S. 134 f. 171 ff. 1899: Kuhlenbeck, Von den Pandekten ꝛc. II, § 13. Cosack I, §§ 104. 105. Krückmann, § 46. v. Buchka, § 10. Endemann I, §§ 135—138. Dernburg, Das bürgerliche Recht II, §§ 54—56. 71—73. 107, I.

[1] Der Gläubiger kann aber schon vor der Fälligkeit klagen (arg. 291, vgl. CPO. § 257).

[2] Z. B. 760. (843. 883. 884) 1612. 1580. 1710. 1360. 1361.

[3] Immerwahr, Die Kündigung (1898) S. 92 f.

Digitized by Google

Auslegung[1] festzustellen. Wie sonst kann für die Auslegung die Verkehrs- und Ortssitte entscheidende Bedeutung gewinnen[2].

2. Die Zeitbestimmung kann aber auch im Interesse beider Parteien oder auch nur im Interesse des Gläubigers gewollt sein. Im ersten Falle darf der Schuldner nicht eher die Leistung bewirken, der Gläubiger nicht eher fordern (z. B. verzinsliche und hypothekarisch gesicherte Forderungen), im zweiten Fall kann der Gläubiger vorher fordern, der Schuldner aber nicht vorher leisten (wie z. B. beim Depositum auf bestimmte Zeit nach **696** (271).

3. Macht der Schuldner von dem Recht der Früherzahlung (repraesentatio) Gebrauch, so hat er bei unverzinslichen Forderungen kein Recht, die Zwischenzinsen, die der Gläubiger gewinnen kann, in Abzug zu bringen (272. 813). Ausnahmsweise ist das Recht auf den Zwischenzins anerkannt, wenn der Gläubiger wegen Gefährdung der hypothekarischen Sicherheit Befriedigung vor Fälligkeit wegen einer unverzinslichen Forderung betreibt (**1133**), oder wenn im gleichliegenden Falle der Verpfänder die Rückgabe des Pfandes gegen Befriedigung verlangt (**1217**). Die Berechnung erfolgt hier nach der Hoffmannschen Methode (vgl. KO. § 65), d. h. es ist gegenwärtig der Betrag zu zahlen, der mit Hinzurechnung der von ihm berechneten gesetzlichen Zinsen den am Fälligkeitstermin zu zahlenden Schuldbetrag ergiebt. Dem Schuldner kann aber auch sonst der Abzug des Zwischenzinses gestattet werden, und die Parteien können dann auch die Berechnung des Zwischenzinses regeln.

C. Der Gläubiger kann stets nur zur passenden Zeit fordern, der Schuldner nur zur passenden Zeit die Leistung bewirken[3]. Es entscheiden hier zunächst die Festsetzungen des die Zeitbestimmung anordnenden Gesetzes oder Rechtsgeschäftes, dessen Auslegung nach Treu und Glauben auch besonders die Verkehrssitte zu berücksichtigen hat. Fehlt eine Bestimmung, so greift die Auslegungsregel in **193** ein, nach welcher, wenn der Leistungstermin oder der Schlußtag der Leistungsfrist auf einen Sonntag oder auf einen am Orte der Leistung staatlich anerkannten allgemeinen Feiertag fällt, an deren Stelle der nächstfolgende Werktag tritt (vgl. Bd. I, § 63).

D. Die Bedeutung der Zeitbestimmung ist zunächst die, daß der Schuldner verpflichtet ist, sie einzuhalten. Leistet der Schuldner

[1] Eine Auslegungsregel giebt **2181**. Vgl. HGB. § 359.

[2] Auch das Bestehen landesgesetzlicher Zahlungstermine. Vgl. Mecklenb.-Schwer. VO. vom 15. Februar 1898.

[3] Vgl. HGB. §§ 358. 359.

Digitized by Google

nicht rechtzeitig, so erwächst dem Gläubiger, von den Folgen des etwa eintretenden Verzuges des Schuldners abgesehen, neben dem Anspruch auf die Erfüllung der Anspruch auf Schadensersatz wegen nicht rechtzeitiger Erfüllung. Durch Angebot der Leistung und des Interesses des Gläubigers an rechtzeitiger Erfüllung genügt der Schuldner seiner Pflicht. Die Zeitbestimmung kann aber auch stillschweigend (z. B. durch die Art der Leistung) oder ausdrücklich zum wesentlichen Momente des Geschäftes gemacht sein. Ob das geschehen ist, ist Auslegungsfrage. Die Absicht der Parteien giebt sich hier vornehmlich in einer präzisen Fassung der Zeitbestimmung kund, namentlich in der sog. kassatorischen Klausel, in der die Parteien erklären, nur bei Einhaltung der Frist gebunden sein zu wollen (Fixgeschäft). Steht die Absicht der Parteien fest, so ist hinsichtlich der Zeitbestimmung im Zweifel dahin auszulegen, daß der Gläubiger, wenn die Leistung nicht zu der bestimmten Zeit oder nicht innerhalb der bestimmten Frist erfolgt, befugt sein solle, vom Vertrage zurückzutreten, so daß die Voraussetzung des Verzuges des Schuldners gleichgiltig bleibt. Diese Auslegungsregel gilt aber nur für gegenseitige Verträge (361, vgl. Bd. I, § 90)[1].

II. Der Verzug des Schuldners.

A. Wesen und Voraussetzungen.

Verzögert der Schuldner die Erfüllung über die Fälligkeit hinaus, so ist er in Verzug, es sei denn, daß er die Umstände, welche die Verzögerung bewirken, nicht zu vertreten hat (284. 285).

1. Die Leistung muß fällig sein. Bei gegenseitigen Verträgen muß, falls Leistung Zug um Zug erfolgen muß, das Angebot der eigenen Leistung durch den Gläubiger erfolgen. Ebenso liegt es, wenn der Gläubiger eine Schuldverschreibung herauszugeben hat, wenn er Zahlung verlangt (371), ebenso bei der Quittungspflicht (368) und in den Fällen, in denen der Gläubiger mitwirken muß, damit der Schuldner leisten kann. Ist dem Gläubiger die Klage versagt, so kann auch Verzug des Schuldners nicht eintreten.

2. Der Gläubiger bez. sein Bevollmächtigter oder Zessionar[2] muß den Schuldner gemahnt, d. h. zur Leistung des Geschuldeten aufgefordert haben, mag die Leistung positive Handlung oder Unterlassung sein. Die Mahnung ist formloses einseitiges Rechtsgeschäft, das gegenüber dem Schuldner vorzunehmen

[1] Das HGB. §§ 376 ff. gewährt ein gesetzliches Rücktrittsrecht. Vgl. auch Börsengesetz vom 22. Juni 1896. § 48.

[2] Vgl. aber 410.

Digitized by Google

ist (vgl. Bd. I, § 49). Mahnung vor Fälligkeit ist für die Frage des Verzuges ohne Bedeutung, ebenso eine Mahnung unter Bedingung[1]. Dagegen ist Voraussetzung gültiger Mahnung nicht, daß der Gläubiger sofortige Leistung verlangt[2]. Erfolgt die Mahnung nach Fälligkeit, so ist sie an ein opportunum tempus nicht gebunden, nur kann die Mahnung ohne Wirkung sein, wenn der Gläubiger dem Schuldner bei der Aufforderung nicht die nothwendige Frist zur Bewirkung der Leistung verstattet hat. Auch von der Vornahme opportuno loco gilt das Gleiche[3]. In der Erhebung der Klage auf Leistung nach Fälligkeit und in der Zustellung eines Zahlungsbefehles im Mahnverfahren, nicht aber in der Erhebung der Feststellungsklage, liegt Mahnung. Die Klagerhebung vor Fälligkeit ist Mahnung, wenn und sobald im fortgesetzten Verfahren Fälligkeit eintritt. Ob sonstige die Leistung betreffende Mittheilungen (z. B. die Zusendung einer quittirten oder unquittirten Rechnung) eine Mahnung enthalten, ist Auslegungsfrage[4]. In der Kündigung ohne Kündigungsfrist liegt Mahnung. Fordert der Gläubiger mehr, als er zu fordern hat, indem er das wirklich geschuldete Mindere zurückweist, so ist die Mahnung wirkungslos[5]. Bei Holschulden ist die Mahnung nur wirksam, wenn der Gläubiger sich beim Schuldner zur Empfangnahme einfindet. Kann der Schuldner zur Legitimation des Gläubigers Vorlegung eines Papieres verlangen, so tritt Verzug nicht ein, wenn nicht die Vorlegung bei der Mahnung erfolgt (vgl. 1160).

3. Ist für die Leistung durch Rechtsgeschäft, Gesetz oder Urtheil die Zeit nach dem Kalender bestimmt, so geräth der Schuldner in Verzug, wenn er zu dieser Zeit nicht leistet. Das Gleiche gilt im Falle der Kündigung mit Kündigungsfrist, wenn die letztere vom Momente der Kündigung an nach dem Kalender berechnet werden soll. Die Regel gilt also nicht für die Fälle des dies certus an incertus quando und nicht für die der Bedingung. Die Hinzu-

---

[1] Planck S. 60 f. A. M. Schollmeyer S. 122. Oertmann zu 284. (S. 43).

[2] A. M. Planck, S. 60.

[3] A. M. Dernburg a. a. O. S. 155.

[4] Anders Dernburg a. a. O. S. 153.

[5] A. M. Planck, S. 60. Endemann I, S. 614, Note 7. Vgl. aber Dernburg, a. a. O. S. 153, Note 9. Oertmann, zu 284. Schollmeyer S. 122.

Digitized by Google

fügung einer kalendermäßigen Lieferzeit hat also die Bedeutung, daß der Schuldner anbieten muß; soll sie lediglich die Bedeutung haben, daß der Gläubiger vorher nicht solle fordern dürfen, so muß das zum Ausdruck gebracht sein.

Ist die Schuld mit kalendermäßiger Leistungszeit Holschuld, so muß sich der Gläubiger zudem zur Leistungszeit beim Schuldner zur Empfangnahme einfinden, wenn Verzug eintreten soll (284, Abs.)[1].

4. Die Verzugsfolgen treten nicht ein, wenn der Schuldner die Verzögerung der Leistung nicht verschuldet hat. Die Verzögerung der Leistung ist Nichterfüllung in gewisser Richtung, die Erfüllung ist in dieser Richtung unmöglich geworden, und wie jede nachfolgende Unmöglichkeit hat sie Befreiung des Schuldners zur Folge, wenn sie durch Umstände herbeigeführt ist, die der Schuldner nicht zu vertreten hat. Den Beweis der Nichtschuld hat der Schuldner zu führen (282. 285). Inwieweit der Schuldner vertretungspflichtig ist, bestimmt sich nach dem Grade seiner Haftung. Demnach bestimmt sich auch die Bedeutung eines Zweifels oder Irrthumes über den Bestand der Schuld und des Unvermögens des Schuldners (275). Außerdem muß der Schuldner auch hier nach (278) für die zur Erfüllung von ihm herangezogenen Hülfspersonen haften (vgl. Bd. I. § 83). Bei Gattungsschulden hat der Schuldner sein Unvermögen zur Leistung stets zu vertreten, auch wenn ihm eine Schuld nicht zur Last fällt (279).

B. Die Verzugsfolgen.

1. Der Schuldner hat dem Gläubiger den durch den Verzug entstandenen Schaden zu ersetzen. Der Gläubiger hat also den Anspruch auf nachträgliche Erfüllung und auf Schadensersatz wegen verzögerter Erfüllung. Hat aber die nachträgliche Leistung für den Gläubiger kein Interesse mehr, so kann er die Leistung ablehnen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern. Der Gläubiger hat den Beweis dieser Voraussetzung zu erbringen, da er nicht etwa eine Theilleistung, sondern die volle jetzt vom Schuldner zu erbringende Leistung zurückweist. Wie vom Gläubiger die Wahl ausgeübt wird und wann die Wahl ausgeschlossen ist,

[1] Die Haftung des Deliktsschuldners aus der widerrechtlichen Entziehung einer Sache ist vom Gesetz nicht unter dem Gesichtspunkt des Verzuges geregelt, sondern als Deliktsfolge (848. 849).

Digitized by Google

bestimmt sich wie beim vertragsmäßigen Rücktrittsrecht. Insbesondere ist das Wahlrecht des Gläubigers nicht ausgeschlossen, wenn er die Leistung nicht endgültig, sondern nur vorläufig annahm. Wird erst nach Annahme die Leistung abgelehnt, so entsteht der Rückgewährungsanspruch wie im Falle des vertragsmäßigen Rücktrittes (286. 346 bis 356, vgl. Bd. I, § 90).

2. Der Schuldner hat nach Verzug für jede Fahrlässigkeit und für den Zufall zu haften. Eine nach Eintritt des Verzuges eintretende Unmöglichkeit der Leistung befreit den Schuldner nicht mehr (287), es sei denn, daß der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten wäre. Es muß zwischen dem Schaden und dem Verzuge ursächlicher Zusammenhang bestehen. Der Schuldner hat also den Beweis zu erbringen, daß bei rechtzeitiger Leistung der nämliche oder ein anderer Zufall den Schaden bei dem Gläubiger hervorgerufen haben würde. Dazu gehört aber auch der keineswegs durch eine Vermuthung erleichterte Nachweis, daß der Gläubiger bei rechtzeitiger Lieferung keinerlei Verfügung getroffen haben würde, die den Schaden für ihn abgewendet hätte, z. B. die Sache nicht verkauft haben würde. Hier muß man sich aber mit einem gewissen Grade von Wahrscheinlichkeit genügen lassen. Gelingt dieser Nachweis, so fehlt es an dem ursächlichen Zusammenhang zwischen Verzug und Schaden. Es genügt nicht der Nachweis, daß der Schaden durch einen andern Zufall auch herbeigeführt sein würde, wenn nicht schon der vom Schuldner zu vertretende Zufall zuvor den Schaden herbeigeführt hätte. Wie die Vernichtung ist auch die Verschlechterung zu behandeln[1]. Ist bei Sachleistungen eine zufällige Minderung des Preises nach Verzug eingetreten, so kann der Gläubiger an sich nicht den höchsten Preis der Sache während des Verzuges fordern, weil zufällige Werthminderung nicht der Verschlechterung und dem Untergange gleichsteht. Maßgebend ist der Preis zur festgesetzten Zeit der Leistung. Den höheren Preis kann der Gläubiger nur dann verlangen, wenn er nachweist, daß er bei rechtzeitiger Leistung den höheren Preis wahrgenommen hätte (287)[2].

[1] Vgl. Planck, S. 65. Schollmeyer S. 128. Oertmann S. 45 f. A. M. Meisner, zu 287. Z. 2.

[2] A. M. Dernburg, a. a. O. S. 158, der dem Schuldner grundsätzlich auch die Preisminderung zur Last legt, wie die Gefahr des Unterganges und der Verschlechterung; den höheren Preis zwischen Verzug und Urtheil soll der Gläubiger aber nur dann fordern dürfen, wenn er beweist, daß er die vorübergehende Konjunktur ausgenützt haben würde.

Digitized by Google

3. Bei Geldschulden ist die Schadensliquidation dem Gläubiger dadurch erleichtert, daß er für die Zeit des Verzuges Verzugszinsen zu vier vom Hundert[1] verlangen kann, ohne den Nachweis eines Schadens erbringen zu müssen[2]. An Stelle der vier vom Hundert treten die vom Schuldner aus sonstigem Rechtsgrunde bisher geschuldeten höheren Zinsen. Einen weitergehenden Schaden hat dagegen der Gläubiger zu erweisen (288).

Der Anspruch ist jedoch nicht bei allen Geldschulden anerkannt:

a. Bei Zinsschulden, gesetzlichen und rechtsgeschäftlichen, laufen keine Verzugszinsen. Der Gläubiger hat hier also den Nachweis des Schadens zu erbringen (289).

b. Der Schenker hat keine Verzugszinsen zu entrichten (522).

4. Ist der Gegenstand der Leistung nach Eintritt des Verzuges untergegangen oder verschlechtert und dadurch im Werthe gemindert oder kann er nicht mehr herausgegeben werden und ist der Schuldner zum Ersatze des Werthes oder seiner Minderung verpflichtet, so kann der Gläubiger zum Ersatze seines Interesses an der rechtzeitigen Entrichtung der Werthsumme Zinsen von dem Momente an verlangen, welcher der Werthbestimmung zu Grunde gesetzt wird (290).

5. Der Gläubiger kann von dem im Verzug befindlichen Schuldner auch Ersatz aller Nutzungen (Früchte, Gebrauch) verlangen. Er müßte an sich den Schaden nachweisen. Dieser Nachweis wird ihm erspart, wenn er Zinsen von dem zu ersetzenden Werthbetrage (Z. 4) verlangt. Neben diesem Zinsanspruch besteht dann für die gleiche Zeit ein Anspruch auf Nutzungsersatz nicht.

6. Ueber die Bedeutung des Schuldnerverzuges vgl. noch 339 (Vertragsstrafe), 538. 554 (Miethe), 775 (Bürgschaft), 264 (Alternativobligation), 425 (Mehrheit der Schuldner und Gläubiger), 615 (Dienstvertrag), 990 (Eigenthumsanspruch), 1613 (Unterhaltsanspruch), 2024 (Erbschaftsanspruch), 326 f. (gegenseitige Verträge), 633 (Werkvertrag).

C. Die Aufhebung des Schuldnerverzuges.

1. Der Verzug des Schuldners hört auf, erzeugt also für die Zukunft keine weiteren Wirkungen, wenn der Schuldner die durch Verzug gesteigerte Leistung anbietet. Nimmt der Gläubiger diese Leistung an, so kann von weiteren Verzugsfolgen schon deshalb nicht

[1] Nach HGB. § 352: 5%.

[2] Z. B. Verzugszinsen von der Grundschuld (1146).

Digitized by Google

die Rede sein, weil Erfüllung vorliegt. Weist der Gläubiger sie zurück, so tritt Verzug des Gläubigers ein. Nur das Angebot der gesteigerten Leistung bewirkt das Aufhören des Verzuges, weil jetzt eben der Gläubiger diese Leistung verlangen kann.

2. Der Verzug hört auch auf, wenn Gläubiger und Schuldner dieses vereinbaren, z. B. der Gläubiger stundet dem Schuldner. Ob in dieser und anderen Vereinbarungen das Aufhören des Verzuges gewollt ist, ist Auslegungsfrage; ebenso, ob der Gläubiger mit einer solchen Vereinbarung auch auf die bereits erwachsenen Verzugswirkungen hat verzichten wollen.

3. Der Verzug hört selbstverständlich auf mit der Forderung; neue Verzugswirkungen sind nicht möglich. Ebensowenig gehen aber die bisherigen Verzugswirkungen unter. Sie bleiben insbesondere bestehen, wenn der Gläubiger die Erfüllung der Hauptforderung annimmt, es hätte denn der Gläubiger auf die Steigerungen stillschweigend oder ausdrücklich verzichtet. Aus ihrer accessorischen Natur würde ein Erlöschen der Verzugsfolgen nach Annahme der Hauptleistung keineswegs folgen. Bestände aber eine so strenge Accessorietät, so würde sie sicher den Satz ausschließen, daß ein Vorbehalt des Gläubigers bei Annahme der Hauptleistung den Anspruch auf die Verzugsfolgen konserviren könne.

Der Charakter als Nebenleistung macht sich vielmehr nur geltend bei der Verjährung kraft positiver Bestimmung (224), bez. der Verzugszinsen (197. 223) und für die Verpflichtung des Bürgen (767).

III. Einfluß der Rechtshängigkeit.

A. Anspruch auf Prozeßzinsen.

Auch wenn der Schuldner nicht in Verzug ist, hat er vom Zeitpunkte der Rechtshängigkeit an und, wenn die Fälligkeit erst später eintritt, von der Fälligkeit an für eine Geldschuld gesetzliche Zinsen zu leisten ohne Rücksicht auf den Eintritt des Verzuges. Die Prozeßzinsen sind Ersatz der Nutzungen, die der Schuldner dem Gläubiger entzieht, wenn er es redlicher- oder unredlicherweise zum Prozesse kommen läßt. Sie betragen 4 %, wenn nicht der Gläubiger bisher höhere Zinsen zu beanspruchen hatte. Ist die Geldschuld Zinsschuld, so besteht der Anspruch nicht. Ist der Schuldner zugleich in Verzug, so kann der Gläubiger den durch den Verzug herbeigeführten höheren Schaden ersetzt verlangen (291).

B. Ist der Schuldner verpflichtet, eine bestimmte Sache (species)

Digitized by Google

herauszugeben (zurückzugeben oder zu übergeben)[1], und läßt er es redlicher- oder unredlicherweise zum Prozesse kommen, so trägt er schon damit die Verantwortung für den Gegenstand (Untergang, Verschlechterung) und hat auch andere Umstände, die eine Unmöglichkeit der Herausgabe herbeiführen, ebenso zu vertreten wie der Besitzer nach Rechtshängigkeit des Eigenthumsanspruches. Ebenso bestimmt sich seine Pflicht zur Herausgabe und zum Ersatz von Nutzungen und sein Anspruch auf Ersatz von Verwendungen.

Hat der Gläubiger auf Grund des Schuldverhältnisses oder auf Grund des Verzuges des Schuldners eine günstigere Stellung, so kann er diese geltend machen (292).

§ 81.

Verzug des Gläubigers[2].

I. Das Wesen des Gläubigerverzuges.

Gegenüber der vielfach vertretenen Auffassung, daß eine Annahmepflicht des Gläubigers bestehe und sich aus der Verletzung dieser Pflicht die Folgen der mora creditoris erklären, geht das BGB. davon aus, daß eine solche Verpflichtung nicht bestehe. Damit ist der Verzug des Gläubigers auf eine andere Grundlage gestellt als der des Schuldners, nämlich nicht auf den der schuldhaften Verzögerung der Leistung. Die Verzugswirkungen bedürfen daher einer anderen Erklärung. Tritt Nichtannahme durch den Gläubiger ein, so erreicht der Schuldner die bei Begründung der Schuld in Aussicht genommene Befreiung nicht. Diese Fortexistenz der Verbindlichkeit würde die

[1] Edition und Exhibition fallen nicht unter 292.

[2] Materialien: M. II. S. 68 f. P. I. S. 328 ff. VI, S. 156. 159.

Litteratur: 1889: Seuffert, Beitr., H. 11, S. 23. 1890: Jacoby, Annalen d. d. Reichs, S. 51 ff. Gebhart, GA., S. 267. 1892: Jakubezky, Bemerkungen, S. 58. Bähr, Gegenentwurf, S. 55. Grützmann, Sächs. Arch., Bd. 2, S. 222. 1895: Hirsch, Zur Revision der Lehre vom Gläubigerverzuge, bes. S. 238 ff. 1897: Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse, S. 151 ff. Bunsen I, § 49. Fleck, Arch. f. bürg. Recht, Bd. 12, S. 252 ff. Kohler, Arch. f. bürg. Recht, Bd. 13, S. 149 ff. 1898: Otto, Sächs. Arch. Bd. 8. S. 689 f. Weyl, Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. 14, S. 117 ff. Leske, § 45. Weyl I, § 76. Munk, Wesen u. Voraussetzungen der mora creditoris. 1899: Kuhlenbeck, Von den Pandekten ꝛc. II, § 14. Cosack I, § 106. Krückmann, § 46. v. Buchka, § 10. Endemann I, §§ 139. 140. Dernburg, Das bürgerl. Recht II, §§ 74—77. Wachsner, Voraussetzungen und Wirkungen des Gläubigerverzuges (Diss.)

Digitized by Google

Verpflichtung des Schuldners steigern, obwohl er das Seinige zu ihrer Lösung gethan hat. Andererseits kann von einer Schuld des Gläubigers bei Ablehnung der Leistung nicht gesprochen werden, da es nur sein gutes Recht ist, die Leistung zurückzuweisen. Die Struktur des Schuldverhältnisses führt also bei seiner Abwicklung zu einem aus ihm selbst unlösbaren Konflikt. Die Rechtsordnung muß eine selbständige gerechte Lösung finden. Diese würde nicht darin gefunden werden können, daß der Schuldner bei Nichtannahme befreit würde. Das Recht muß vielmehr einer Unbilligkeit gegen den Schuldner unter möglichster Wahrung des Interesses des Gläubigers steuern. So wird die Rechtsordnung dem Zweck des obligatorischen Verhältnisses und dem Interesse der Parteien gerecht. Dieses Prinzip liegt den Rechtsbehelfen zu Grunde, die das BGB. dem Schuldner einräumt und wirkt natürlich auch zurück auf die Normirung der Voraussetzungen des Verzuges des Gläubigers. Tritt in ihnen eine stärkere Betonung des Interesses des Schuldners hervor, so hat das in der größeren Schutzbedürftigkeit des Schuldners seinen Grund. Diese Rechtsbehelfe bilden nun allerdings ein indirektes Zwangsmittel für den Gläubiger, die Leistung anzunehmen, aber in keinem anderen Sinne, als in welchem z. B. die Verjährung ihn nöthigt, den Anspruch geltend zu machen.

Gläubigerverzug kann da nicht eintreten, wo zur Bewirkung der Leistung keine Mitwirkung des Gläubigers erforderlich ist, z. B. der Vermiether stellt die Wohnung bereit, der Beauftragte schließt das Geschäft ab, das ihm aufgetragen ist, der Schuldner entspricht der Unterlassungspflicht.

II. Die Voraussetzungen. Gläubigerverzug liegt vor, wenn der Gläubiger die richtig angebotene richtige Leistung nicht annimmt. Auch ein Dritter kann das Angebot machen, wenn er leisten kann (293. 294). Das Angebot muß dem veräußerungsfähigen Gläubiger oder seinem Vertreter gemacht werden.

A. Der Schuldner muß dem Gläubiger die vollständige Leistung zur rechten Zeit und am rechten Orte anbieten, d. h. „die Leistung — so wie sie zu bewirken ist" (294).

1. Die Leistung muß dem Gläubiger thatsächlich angeboten werden. Darin liegt, daß der Schuldner bez. der Dritte leistungsbereit ist, und daß der Schuldner bez. der Dritte dem Gläubiger die Lieſtung reell anbietet. Das reelle Angebot gestaltet sich je nach der Art der Leistung verschieden, z. B. der Schuldner muß den zu leistenden Gegenstand dem Gläubiger vorlegen, so daß er ihn nehmen

Digitized by Google

kann, oder er muß sich zur Vornahme einer Handlung beim Gläubiger einfinden. In dem reellen Anbieten liegt zugleich die Erklärung der Leistungsbereitschaft an den Gläubiger (294).

2. Ausnahmsweise genügt wörtliches Angebot der Leistung, vorausgesetzt, daß die erforderliche Leistungsbereitschaft des Schuldners vorhanden ist:

a. wenn der Gläubiger vor der Realoblation dem Schuldner erklärt hat, daß er die Leistung nicht annehmen werde. Die Realoblation würde hier öfter nutzlos sein, den Schuldner unnöthig beschweren und gegen das Interesse des Gläubigers verstoßen. Der Gläubiger kann die Annahmeverweigerung durch Widerruf beseitigen. Ein späteres wörtliches Angebot genügt dann nicht. Auch das wörtliche Anbieten seitens eines Dritten genügt, aber nur, wenn bei dem Dritten auch Leistungsbereitschaft vorliegt[1];

b. wenn zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist. Häufig kann der Schuldner die von ihm zur Bewirkung der Leistung geforderte Thätigkeit nicht entfalten oder nicht vollenden, wenn nicht zuvor oder zugleich der Gläubiger in bestimmter Weise thätig geworden ist. Hierher gehört der Fall der Holschuld, ferner, wenn der Gläubiger nähere Bestimmung über die Schuld zu treffen, unter mehreren wahlweise geschuldeten Gegenständen zu wählen, über Modalitäten der Erfüllung oder Beschaffenheit des Gegenstandes zu bestimmen hat[2].

Ist eine gewisse Thätigkeit des Schuldners Voraussetzung der weiteren gleichzeitigen oder vorausgehenden Thätigkeit des Gläubigers, so ist der Schuldner allerdings gehalten, zunächst diese Thätigkeit zu entwickeln und insofern reell anzubieten.

Dem wörtlichen Angebot steht die Aufforderung an den Gläubiger, die betreffende Handlung vorzunehmen, gleich (295).

Ist für die Vornahme der Handlung des Gläubigers eine Zeit nach dem Kalender bestimmt, oder soll sie nach Kündigung in einer von der Kündigung ab nach dem Kalender zu berechnenden Zeit vorgenommen werden (z. B. Präsentationsfrist bei Inhaberpapieren), so geräth der Gläubiger in Verzug, wenn er die Handlung nicht rechtzeitig vornimmt. Diese Regelung motivirt sich daraus, daß der Termin schon in genügender Weise die Aufforderung an den Gläu-

---

[1] In diesem Punkte abweichend Planck, S. 71. Z. 7. Oertmann zu 295. Z. 4. Schollmeyer, S. 138.

[2] Oertmann, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 85 (1896), S. 202 ff. Dernburg, a. a. O. S. 102 f.

Digitized by Google

biger in sich schließt. Nur insofern trifft die Analogie des Schuldnerverzuges zu (296).

Ein Dritter kann in diesen Fällen das wörtliche Angebot nicht stellen. Der Gläubiger würde dadurch genöthigt werden, sich mit dem Dritten wegen der von seiner Seite erforderlichen Handlung einzulassen.

In allen Fällen des wörtlichen Angebotes ist Voraussetzung des Verzuges, daß der Schuldner bez. der Dritte auch im Stande war, die Leistung zu erbringen. Der Gläubiger hat den Beweis zu liefern, daß der Schuldner bez. der Dritte nicht im Stande waren, die Leistung zu erbringen (297). Diese Beweisregulirung rechtfertigt sich mit Rücksicht auf die Möglichkeit chikanöser Bestreitung des Leistungsvermögens durch den Gläubiger.

B. Ist der Schuldner nur gegen eine Leistung des Gläubigers zu leisten verpflichtet, so tritt Ausnahmeverzug ein, wenn der Gläubiger zwar die angebotene Leistung anzunehmen bereit ist, es aber unterläßt, die ihm obliegende Gegenleistung anzubieten (298). Diese Regelung ist nicht etwa schon in 295 (A. 2. b.) enthalten, sondern sie bezieht sich auf gegenseitige, Zug um Zug zu erfüllende Verbindlichkeiten, ferner auf die Fälle, in denen der Empfänger erst durch die vielleicht freiwillige Leistung zu einer Gegenleistung verpflichtet wird, und auf die Fälle, die der actio contraria entsprechen (z. B. 274, Abs. 2. 286, Abs. 2. 368. 371. 320. 348. 601. 670. 797. 1049 ꝛc.)[1].

C. Zum Eintritte des Gläubigerverzuges genügt die Nichtannahme. Es ist gleichgültig, aus welchen Gründen der Gläubiger die Annahme ablehnte. Es gilt das aber nicht ausnahmslos. Chikanöse Ausnutzung dieser Vorschrift durch den Schuldner muß ferngehalten werden. Ist die Leistungszeit nicht bestimmt, oder ist der Schuldner bei bestimmter Zeit auch vorher zu leisten befugt, so müßte der Gläubiger sich alsbald in die Lage setzen, annehmen zu können, und es könnte der Schuldner eine vorübergehende Behinderung des Gläubigers an der Annahme wahrnehmen und ihn in Verzug setzen.

---

[1] Uebrigens geräth der anbietende Theil nicht in Schuldnerverzug, wenn er nach Verweigerung der Gegenleistung seinerseits nicht leistet, insofern er nur bei Gegenleistung verpflichtet ist, und der die Gegenleistung verweigernde Theil, der in Verzug der Annahme sich befindet, ist nicht eo ipso auch in Verzug als Schuldner der Gegenleistung, denn es kann an der Schuld fehlen. (M. II. S. 73.)

Digitized by Google

Das soll nicht geschehen. Es wäre gegen Treu und Glauben. Den Beweis der vorübergehenden Behinderung hat der Gläubiger zu führen. Jedwede vorübergehende Behinderung, nicht blos solche, die der Gläubiger verschuldet hat, kommt in Frage[1]. Hierbei ist vorausgesetzt, wie es in der Mehrzahl der Fälle auch zutreffen wird, daß der Schuldner kein Interesse daran hat, gerade in diesem Momente zu leisten. Hat er ein solches, so soll er dem Gläubiger die Leistung eine angemessene Zeit vorher ankündigen. Liegt diese Ankündigung, was der Schuldner zu beweisen hat, vor, so fällt die Berufung des Gläubigers auf die Behinderung fort (299). Die Ankündigung ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung.

III. Die Wirkungen des Gläubigerverzuges.

Der Schuldner wird im Allgemeinen durch Verzug des Gläubigers nicht befreit. Es tritt aber ein:

A. Eine Abschwächung der Verpflichtung des Schuldners bez. der Befugnisse des Gläubigers, und zwar

1. Eine Herabsetzung der Haftung. Der Schuldner haftet während des Verzuges des Gläubigers nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, was den beim Schuldner befindlichen Gegenstand der Leistung, nicht die sonstige dem Schuldner obliegende Thätigkeit betrifft (300, Abs. 1). Die Gefahr des Unterganges und der Verschlechterung des Leistungsgegenstandes geht auf den Gläubiger über[2]. Entledigt das Gesetz den Schuldner der Haftung für geringes Versehen, so ist ihm damit auch die weitergehende Haftung für casus abgenommen. Die Gefahr der der Gattung nach bestimmten geschuldeten Sache geht nicht in Folge jedes Verzuges des Gläubigers über, sondern nur, wenn der Verzug dadurch eintritt, daß der Schuldner die gehörig beschaffene Sache dem Gläubiger angeboten und dieser sie nicht angenommen hat[3]; in diesem Zeitpunkt tritt die Konzentration auf das Ausgeschiedene mit ihren weiteren Folgen ein: der Schuldner kann die Wahl nicht

[1] Daher liegt in 299 kein Kompromiß mit der Kulpatheorie vor, vgl. Hirsch, a. a. O., S. 253 f.

[2] Dem entsprechend geht auch die Gefahr auf den Besteller über, sobald er sich im Verzuge der Annahme befindet, 644.

[3] Bei Bringschulden ist also thatsächliches Angebot der Sache nöthig, bei Holschulden thatsächliches oder wörtliches Angebot (295) nach vorhergehender Aussonderung der geschuldeten Sache aus der Gattung. So Planck, S. 75. Z. B. Oertmann S. 53 f. A. M. Cosack II, § 106. II. Schollmeyer S. 144 f.

Digitized by Google

mehr ändern (243, Abs. 2). Der Schuldner behält den Anspruch auf die Gegenleistung nach 324, Abs. 2. Die Gefahr geht also sicher dann nicht über, wenn der Verzug nur gemäß 296 oder 298 eingetreten ist (300, Abs. 2).

Da der Gläubiger auch die vom Dritten angebotene Leistung annehmen muß, wenn der Schuldner nicht widerspricht (267), so kann er durch Nichtannahme in Verzug gerathen. Der Schuldner, der die angebotene Sache (species) nicht erhalten kann, wird nach 275, Abs. 2, frei, und gegen den Dritten hat der Gläubiger keinen Anspruch. Anders ist die Behandlung der Wahlschuldverhältnisse (Bd. I, § 74).

2. Der Zinsenlauf hört auf (301). Das bezieht sich sowohl auf Verzugszinsen wie auf andere, insbesondere rechtsgeschäftliche Zinsen. Die Bestimmung rechtfertigt sich durch die Erwägung, daß der Schuldner trotz der Nichtannahme besorgen muß, daß der Gläubiger die Klage erhebt und deshalb von einer Anlage des Kapitales absehen muß; daß ferner der Fortlauf der Konventionalzinsen den Schuldner zur Hinterlegung drängt, was gegen das Interesse des Gläubigers wäre. Thatsächlich aus einem gegen Zins geschuldeten Kapital gezogene Früchte sind dem Gläubiger herauszugeben bez. zu ersetzen (Z. 4)[1].

3. Das Wahlrecht des Gläubigers beim Wahlschuldverhältniß wird in Frage gestellt (vgl. Bd. I, § 74).

4. Ist der Schuldner nach dem Schuldverhältniß zur Herausgabe oder zum Ersatze von Nutzungen verpflichtet, so beschränkt sich nach Verzug des Gläubigers seine Verpflichtung auf die Nutzungen, die er zieht, entgegen dem Grundsatze cujus periculum ejus est commodum. Für die gezogenen Nutzungen haftet der Schuldner nach Z. 1 (302)[2].

B. Da der Gläubiger i. A. nicht annahmepflichtig ist, so kann er auch auf Grund einer Verletzung solcher Pflicht dem Schuldner nicht gehalten sein, ihm den Schaden, den der Schuldner durch die Nichtannahme erlitten hat, zu ersetzen. Das BGB. giebt aber dem Schuldner einen klagbaren Anspruch auf Ersatz der Mehraufwendungen, die er für das erfolglose Angebot sowie für die Erhaltung und Aufbewahrung des geschuldeten Gegenstandes machen

---

[1] A. M. Planck, S. 73 f. zu 301.

[2] Ueber die Bedeutung des Verzuges beim Gesammtschuldverhältniß vgl. Bd. I, § 102, über Besonderheiten beim Dienst- und beim Werkvertrage vgl. 615. 642.

Digitized by Google

mußte (304). Geht die Schuld durch Verzicht oder Untergang des Leistungsgegenstandes nach eingetretenem Gläubigerverzuge unter, so kann es sich nur um den bis zu diesem Zeitpunkte gemachten Mehraufwand handeln. Nutzungen, die der Schuldner zieht, ohne daß sie ihm gebühren, kann der Gläubiger in Abzug bringen. Welchen Mehraufwand der Schuldner machen mußte, ergiebt sich aus dem fortdauernden Schuldverhältnisse. Der Anspruch ist durch Gesetz zur Lösung der Kollision und damit auch im Interesse des Gläubigers begründet[1].

Besteht eine konkrete Annahmepflicht des Gläubigers, so ist er allerdings bei verschuldeter Nichtannahme nach den Grundsätzen über den Verzug des Schuldners verpflichtet, diesem den vollen Schaden zu ersetzen. Eine Annahmepflicht ist nach dem BGB. begründet beim Kauf (433, Abs. 2)[2], beim Tausch (515), beim Werkvertrag (640, Abs. 1) und nach 445 bei allen entgeltlichen Veräußerungs- und Belastungsgeschäften. So ist z. B. beim Werkvertrage, der den Entgelt in Waaren festsetzt, Klage gegen den Werkmeister auf Abnahme der Waare, ferner Klage des Depositars gegen den Hinterleger auf Rücknahme nach 696 begründet. Im Wege der analogen Anwendung noch weiterzugehen, ist unstatthaft. Insbesondere ist der Anspruch auf Abnahme bei Verpflichtung auf Thun abzulehnen, nicht, weil kein obligationstüchtiges Interesse vorliegt, wohl aber deshalb, weil in diesen Fällen sich der Gläubiger dem Interesse des Schuldners an der Abnahme nicht dienstbar gemacht hat. Der Abnahmeanspruch ist ferner abzulehnen bei unentgeltlichen Veräußerungsgeschäften, z. B. beim Schenkungsversahren[3].

C. Annahmeverzug bewirkt Nichtleistung des Schuldners. Es können aber nach richtiger Auslegung die durch Gesetz oder Parteiwillen gesetzten Folgen der Nichtleistung zu Ungunsten des Schuldners nicht eintreten (Verfall der Vertragsstrafe, Rücktrittsrecht des Gläubigers, Befugniß zum Verkauf des Pfandes, Verlust des Anspruches auf die Versicherungssumme), und zwar auch, ohne daß der Schuldner zur Hinterlegung schreitet. Will allerdings der Schuldner bei An-

[1] Der Anspruch darf nicht der Geschäftsführung ohne Auftrag unterstellt werden, worauf die Motive II. S. 76 hinführen könnten; vgl. Hirsch, a. a. O., S. 263 ff.

[2] Vgl. Kohler, a. a. O. (1897) S. 174.

[3] Vgl. über diese Frage Hirsch, a. a. O., S. 289 ff. Dernburg, a. a. O., S. 162 f.

Digitized by Google

nahmeverzug das bestellte Faustpfand zurückfordern, so muß er hinterlegen (1223. 1224).

D. Der Schuldner kann sich der Sorge für den Leistungsgegenstand entschlagen

1. durch Preisgebung. Diese ist nur gestattet bei Schuldverhältnissen, die auf die Herausgabe eines Grundstückes gehen, und der Schuldner hat dem Gläubiger das Aufgeben des Besitzes vorher anzudrohen, wenn nicht diese Androhung unthunlich sein sollte, was der Schuldner zu beweisen hätte (303). Der Rechtsbehelf findet Anwendung auf alle Verpflichtungen zur Uebertragung des Besitzes, nicht etwa nur auf solche zur Uebertragung des Eigenthumes. Das Aufgeben ist dementsprechend immer nur ein Aufgeben des Besitzes. Der Schuldner, der zur Uebertragung des Eigenthumes (928) verpflichtet ist, kann sich nicht durch Verzicht auf das Eigenthum befreien, er kann nur den Besitz aufgeben und dadurch die Sorge für das Grundstück abwälzen, er bleibt aber zur Uebertragung des Eigenthumes am Grundstücke verpflichtet, für dessen Beschaffenheit er allerdings nun nicht mehr haftet;

2. durch Hinterlegung, die nur bei bestimmten beweglichen Sachen, Geld, Werthpapieren, sonstigen Urkunden und Kostbarkeiten zulässig ist.

Die Hinterlegung hat ein über den Fall des Gläubigerverzuges hinausreichendes Anwendungsgebiet (372. 382, vgl. Bd. I, § 93).

3. durch Selbsthülfeverkauf, der zulässig ist bei beweglichen Sachen, die zur Hinterlegung nicht geeignet sind, und ebenfalls auf den Fall des Gläubigerverzuges nicht beschränkt ist (vgl. Bd. I, § 94).

IV. Die Aufhebung des Gläubigerverzuges.

A. Der Verzug des Gläubigers hört auf, wenn er sich zu derjenigen Mitwirkung, die nach dem Schuldverhältnisse zur Lösung desselben von seiner Seite erforderlich ist, zu der ihm obliegenden Gegenleistung und zum Ersatze der Mehraufwendungen (III. B.) bereit erklärt.

B. Er hört ferner auf, wenn Schuldner und Gläubiger das weitere Stehenbleiben der Schuld vereinbaren. Darin liegt an sich kein Verzug des Schuldners auf die schon erwachsenen Verzugsfolgen.

C. Er hört selbstverständlich auf durch Erlöschen der Schuld. Damit erlöschen nicht die bisher begründeten Ansprüche des Schuldners aus dem Verzuge.

Digitized by Google

§ 82.

Der Ort der Leistung[1].

I. Der Gläubiger kann die Leistung nur am richtigen Ort verlangen, der Schuldner sie nur am richtigen Orte bewirken.

A. Der Ort der Leistung kann durch Gesetz[2] und Rechtsgeschäft ausdrücklich bestimmt sein oder ergiebt sich stillschweigend aus den Umständen, unter denen die Natur des Schuldverhältnisses (z. B. Erfüllungsort der Bürgschaftsschuld ist der Ort, wo die Hauptschuld zu erfüllen ist), die Beschaffenheit der Leistung (Uebergabe, Bearbeitung eines Grundstückes, Herstellung eines Werkes an einem bestimmten Orte ꝛc.) besonders in Betracht kommen. Es können auch mehrere Orte für die Leistung bestimmt sein, entweder in dem Sinne, daß die Leistung zum Theile an diesem, zum Theile an jenem Ort zu erbringen ist, oder so, daß wahlweise der eine oder der andere Ort maßgebend sein soll (Wahlschuldverhältniß)[3].

B. Ergiebt sich so ein Erfüllungsort nicht, so ist Erfüllungsort der Wohnsitz des Schuldners zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses Hatte der Schuldner zu dieser Zeit keinen Wohnsitz, so tritt der Aufenthaltsort an die Stelle[4]. Hatte er mehrere Wohnsitze, so liegt ein Wahlschuldverhältniß vor. Bei Verbindlichkeiten, die im Gewerbebetriebe des Schuldners entstanden sind, ist der Ort der gewerblichen Niederlassung maßgebend (269, Abs. 1. 2).

C. Hat der Schuldner die Kosten der Versendung übernommen, so folgt daraus allein noch nicht, daß der Ort, an den die Uebersendung erfolgt, Leistungsort sein soll (269, Abs. 3).

---

[1] Materialien: M. II. S. 34 ff. P. I. S. 306 ff. VI. S. 153 f.

Litteratur: 1888: Laband, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 73, S. 189 ff. 1889: Seuffert, Beitr., H. 11, S. 14 ff. Goldschmidt, Krit. Erörterungen, S. 20. Rießer, Zeitschr. f. d. ges. Handelsr., Bd. 35 (Beil.-H.), S. 410. 1890: Reatz, GA., S. 507 ff. Jacoby, Annalen d. d. Reichs, S. 40 ff. Neumann, Gruch. Beitr., Bd. 34, S. 454. 457. 1892: Bähr, Gegenentw., S. 51. 1897: Schefold, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 87, S. 149 ff. Bunsen I, § 41. 1898: Goldmann-Lilienthal, S. 135 f. Otto, Sächs. Arch. Bd. 8, S. 668 f. Leske, § 42. Weyl I, § 71. 1899: Cosack I, § 103. Krückmann, § 46. v. Buchka, § 10. Endemann I, § 134. Dernburg, Das bürgerliche Recht II, §§ 50—53.

[2] So beim Verwahrungsvertrage, 697. 700, bei Exhibition und Edition, 811, bei der Grundschuld, 1194, Vgl. 261.

[3] Vgl. Dernburg, a. a. O. S. 103. Z. 2.

[4] A.M. Hellmann, Krit. V.J.Schr. Bd. 41 (1899) S. 244, der 242 entscheiden lassen will. Wie im Text: Oertmann zu 269 und Dernburg a. a. O. S. 115.

Digitized by Google

D. Bei Geldschulden ist das Geld, wenn nicht ein Anderes bestimmt ist, wie z. B. bei indossabeln oder auf den Inhaber lautenden Papieren (797), durch den Schuldner auf seine Gefahr und Kosten an den jeweiligen Wohnsitz des Gläubigers zu übermitteln, an dessen Stelle eventuell der Ort der gewerblichen Niederlassung oder der Aufenthaltsort des Gläubigers treten. An den Bestimmungen über den Erfüllungsort wird hierdurch nichts geändert; es fallen nur Erfüllungs- und Bestimmungsort auseinander (vgl. 447). Daher bleibt es bei dem durch den Erfüllungsort begründeten Gerichtsstand. Aendert der Gläubiger seinen Wohnsitz oder seine gewerbliche Niederlassung nach Entstehung des Schuldverhältnisses, so können sich dadurch Mehrkosten oder höhere Gefahr der Versendung ergeben. Die Mehrkosten und die Gefahr hat der Gläubiger zu tragen (270). Auf Grund des EG. Art. 92 bestimmen aber die Ausführungsgesetze, daß Zahlungen aus öffentlichen Kassen bei der Kasse in Empfang zu nehmen sind[1], mit der vereinzelten Ausnahme[2], daß 270 gelten solle, wenn zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses der Gläubiger seinen Wohnsitz nicht am Orte der Kasse hatte.

II. Nicht nur bei zweiseitigen Geschäften kann sich für die Leistungen der Parteien ein verschiedener Leistungsort ergeben, sondern allgemein für die verschiedenen Leistungen aus einem Schuldverhältnisse, z. B. für die Kapital- und Zinsleistung.

III. Der Leistungsort hat sodann noch sekundäre Bedeutung als Hinterlegungsstelle (374), als Versteigerungsstelle (383), bei der Aufrechnung (391) und nach der bisher herrschenden Auffassung im internationalen Privatrecht (Bd. I. § 16, II)[3]. Nach Prozeßrecht begründet der Leistungsort den Gerichtsstand gemäß CPO. § 29.

§ 83.

Die Haftung in Schuldverhältnissen[4].

I. Die gesetzliche Haftung.

A. Nicht nur wegen Vorsatzes haftet der Schuldner stets, sondern auch wegen jeder Fahrlässigkeit (276, Abs. 1, vgl. Bd. I, § 61).

[1] Z. B. Mecklenb.-Schwer. AB. z. BGB. § 35. Mecklenb.-Strel. AB. z. BGB. § 34. Preuß. AG. z. BGB. Art. 11. Bayer. AG. z. BGB. Art. 11. Bad. AG. z. BGB. Art. 10. 11. Hess. AG. z. BGB. Art. 32. Württemb. AG. z. BGB. Art. 142.

[2] Hamburg. AG. z. BGB. § 23.

[3] Vgl. HGB. 359, Abs. 1. 361.

[4] Materialien: M. II. S. 26 ff.

Digitized by Google

Generell ſteigert ſich die Haftung des Schuldners nach Verzug in der Leiſtung (287) und ermäßigt ſich nach Verzug des Gläubigers (300); hiervon abgeſehen erleidet das Prinzip Ausnahmen mit Rückſicht auf die Ungleichheit des Parteiintereſſes, die bei einer Reihe von Geſchäften dem Geſchäftstypus entſprechend ſich ergiebt, oder mit Rückſicht darauf, daß es ſich um gemeinſame Intereſſen der Parteien handelt, oder es entſcheidet die beſondere Bedeutung des Rechtsverhältniſſes.

1. In gewiſſen Schuldverhältniſſen ermäßigt ſich die regelmäßige Haftung auf die Haftung für Vorſatz und grobe Fahrläſſigkeit. In dieſer Weiſe haftet der Schenker (521), der Verleiher (599), der Geſchäftsführer, wenn es ſich um Abwendung einer drohenden dringenden Gefahr handelt (680), der Finder (968).

2. In einigen Schuldverhältniſſen trifft den Schuldner nur die Haftung für diejenige Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (277, Bd. I, § 61). Das iſt der Fall beim Verwahrer im Falle unentgeltlicher Aufbewahrung (690), beim Geſellſchafter (708); ferner bei den Ehegatten in ihrem gegenſeitigen Verhältniſſe (1359), bei den Eltern, welche die elterliche Gewalt ausüben (1664. 1686), und bei dem Vorerben im Verhältniß zum Nacherben (2131).

3. Wo ein konkreter Vertrag ſich einem im Geſetz geregelten Typus nicht ſchlechthin unterordnet, hat auch über den Grad der Haftung die Analogie zu entſcheiden.

B. Bisweilen muß in Schuldverhältniſſen für den Zufall gehaftet werden, auch abgeſehen vom Falle des Schuldnerverzuges (287).

P. I. S. 302 ff. 327 f. VI. S. 154. Begründung d. Nov. z. CPO. S. 135. 173. BRK. z. Nov. z. CPO. S. 391. Mat. z. EG. S. 148 ff.

Litteratur: 1888: Laband, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 73, S. 186 f. Hartmann, ebenda, S. 381 ff. 1889: Seuffert, Beitr., H. 11, S. 14. Gierke, Der Entwurf, S. 199. Freſe, Zur gemeinrechtlichen Lehre von der beauftragten Vermögensverwaltung ꝛc., S. 203. 1890: Gebhart, GA., S. 256 ff. Jacoby, Annalen d. d. Reichs, S. 39. 1892: Bähr, Gegenentwurf, S. 51. 1894: Strohal, Jahrb. f. Dogm., Bd. 33, S. 273 ff. 1896: Rümelin, Die Gründe der Schadenszurechnung, beſ. S. 88. 1897: Stammler, Das Recht der Schuldverhältniſſe ꝛc., S. 111 ff. Bunſen I, § 47. 1898: Otto, Sächſ. Arch. Bd. 8, S. 677 f. Stobbe-Lehmann III, § 230. Leske, § 43. Goldmann-Lilienthal, S. 143 f. Weyl I, § 74. Nußbaum, D. Haftung für Hilfsperſonen nach 278 BGB. ꝛc. v. Liſzt, Die Deliktsobligationen im Syſtem des BGB., beſ. S. 103 ff. 1899: Kuhlenbeck, Von den Pandekten II, §§ 8—11. Coſack I, §§ 71. 72. v. Buchka, § 10. Endemann I, §§ 110—116. Dernburg, Das bürgerliche Recht II, §§ 25. 63—70.

Digitized by Google

Mehrere derartige Fälle liegen außerhalb des Gebietes der durch Rechtsgeschäft begründeten Schuldverhältnisse (z. B. 122. 179. 231. 829. 833. 835). Hier kommt in Betracht die Haftung der Gastwirthe nach 701. 702, die Haftung für die Gehülfen (vgl. IV.) und die des Geschäftsführers nach 678. Bei der Haftung der Gastwirthe ist die Grenze der höheren Gewalt gezogen (Bd. I, § 61)[1].

II. Die Vorschriften über die Haftung des Schuldners sind nur dispositiver Natur. Die Haftung des Schuldners kann also durch rechtsgeschäftliche Bestimmung gesteigert und gemindert werden. Wie weit die Steigerung oder der Nachlaß reicht, ist eine Auslegungsfrage. Der Privatautonomie ist aber die Schranke gezogen, daß die Haftung für Vorsatz nicht im Voraus, d. h. vor Begehung der vorsätzlichen Handlung oder vor Kenntniß des Verletzten von der Begehung, erlassen werden darf (vgl. aber IV.). Die betreffende Vereinbarung ist, weil unsittlich, nichtig (138); ob deswegen auch das ganze Geschäft, bestimmt sich nach 139. Die Haftung für grobe Fahrlässigkeit kann dagegen sehr wohl im Voraus erlassen werden; denn das BGB. stellt die grobe Fahrlässigkeit in keiner Hinsicht dem Vorsatze gleich (276, Abs. 2).

III. Wie das Delikt, so setzt auch die Verletzung eines bestehenden Schuldverhältnisses die Verantwortlichkeit des Handelnden voraus (276, Abs. 1).

IV. Grundsätzlich haftet der Schuldner nur für *eigene* Schuld. Zieht der Schuldner Hilfspersonen hinzu, so ergiebt dieser Grundsatz, daß der Schuldner nur haftet, wenn er bei Auswahl der Gehülfen, ihrer Instruktion oder Beaufsichtigung schuldhaft handelte (culpa in eligendo, — custodiendo). Das BGB. geht darüber hinaus:

A. In allen rechtsgeschäftlichen und analogen[2] Schuldverhältnissen hat der Schuldner auch eine Schuld seines *gesetzlichen Vertreters* (Bd. I. § 56. III) und derjenigen Personen zu vertreten, deren er sich *zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit* bedient[3]. Ob diese Anderen die Leistung allein bewirken oder nur die Thätigkeit

[1] Vgl. HGB. § 456. Reichshaftpflichtgesetz vom 7. Juni 1871 (EG. Art. 42). CPO. §§ 717. 945.

[2] z. B. auch bei dinglichen Ansprüchen auf Leistung. A. M. Dernburg, a. a. O. S. 146. Note 3. Wie im Text Nußbaum, a. a. O. S. 53.

[3] Weiter geht HGB. § 431. (Haftung des Frachtführers für seine Leute), und Besonderes gilt für die Haftung des Rhederers oder Schiffseigeners (HGB. § 486. Binnenschiffahrtsgesetz v. 15. Juni 1895, §§ 3. 59.).

Digitized by Google

des Schuldners unterstützen, ist gleichgültig, ebenso, ob die Betreffenden nur zur Vorbereitung der Erfüllung oder zur Erfüllung selbst zugezogen waren; denn Beides läßt sich schwer scheiden. Nicht erforderlich ist, daß die Gehülfen beauftragt waren, es genügt z. B. bei Erfüllung einer Bewahrungspflicht, daß dem Dritten die Sache, wenngleich durch ein auf einen anderen Zweck gerichtetes Geschäft, anvertraut war (Miethe, Leihe). Dagegen genügt nicht, daß dem Dritten lediglich die Möglichkeit der Einwirkung gewährt ist. In der Person der Gehülfen muß Schuld und Verantwortlichkeit vorliegen, der Schuldner haftet aber für Schuld seiner Gehülfen nur in dem Umfange, in dem er haften würde, wenn er selbst gehandelt hätte, er haftet also auch nur für grobe Fahrlässigkeit der Gehülfen, wenn er selbst nur in diesem Umfange haftet[1]. Gleichgültig ist, ob die Gehülfen gerade in der Mitwirkung zur Erfüllung schuldhaft handelten oder ob sie bei dieser Gelegenheit ein Delikt begingen[2].

Die Haftung des Schuldners für die Gehülfen bezieht sich auf die Fälle, in denen der Schuldner an sich befugt war, Gehülfen hinzuzuziehen. War er das nicht, so folgt schon aus allgemeinen Grundsätzen seine Haftung aus dieser Pflichtverletzung (664. 691).

Die Haftung für vorsätzliche Schädigungen durch Gehülfen und gesetzliche Vertreter kann aber ausgeschlossen werden (278).

B. Inwieweit man außerhalb rechtsgeschäftlicher Beziehungen für das Verschulden Anderer einzustehen hat, ergiebt sich aus 831. 832 (vgl. Bd. I, § 143, I).

V. Der Beweis der Schuld.

Die Vertheilung der Beweislast ist eine verschiedene, je nachdem der Gläubiger auf Erfüllung, auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder auf Schadensersatz nach geschehener Erfüllung klagt (282).

A. Klagt der Gläubiger auf Erfüllung, so hat er nur die Thatsachen zu beweisen, aus denen sein Forderungsrecht entstanden ist, der Schuldner dagegen entweder, daß er erfüllt habe, oder daß er wegen eingetretener Unmöglichkeit befreit sei, d. h. daß er die die Unmöglichkeit herbeiführenden Umstände nicht zu vertreten habe, also auch, daß er nicht in Schuld sei.

B. Klagt der Gläubiger aber auf Schadensersatz wegen

[1] Vgl. Schollmeyer S. 105. Planck, S. 51. Dagegen Nußbaum, a. a. O. S. 88 ff. Zweifelnd Oertmann S. 39.

[2] So Rümelin, a. a. O. S. 78 f. Dagegen Nußbaum a. a. O. S. 73. Oertmann zu 278. Dernburg a. a. O. S. 146 f. Schollmeyer S. 104.

Digitized by Google

Nichterfüllung, so muß er die Entstehung der Forderung wie im vorigen Falle, außerdem aber den Eintritt der Unmöglichkeit der Erfüllung beweisen. An sich müßte er auch behaupten und beweisen, daß der Schuldner den Eintritt der Unmöglichkeit zu vertreten habe. Der Schuldner hat aber auch in diesem Falle den Beweis zu erbringen, daß er nicht vertretungspflichtig, nicht in Schuld ist. Das gilt auch, wenn der Schuldner nur wegen Vorsatzes[1] haften oder der Vorsatz die Haftung steigern würde.

C. Klagt endlich der Gläubiger auf Schadensersatz nach eingetretener Erfüllung, z. B. wegen mangelhafter Ausführung, so muß er die Vertretungspflicht (Schuld) des Schuldners beweisen, wenn nicht etwa aus dem Schuldverhältniß der Schuldner zur Rechtfertigung seines Verhaltens verpflichtet ist (Rechnungslegung).

§ 84.

Nachfolgende Unmöglichkeit der Leistung[2].

Bei der nach Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Unmöglichkeit treten die gleichen Unterschiede wie bei der anfänglichen Unmöglichkeit hervor. Es sind also zu unterscheiden: objektive Unmöglichkeit und subjektive, d. h. das Unvermögen des Schuldners; natürliche und juristische, absolute und relative; dauernde und vorübergehende; völlige und theilweise nachfolgende Unmöglichkeit.

Die Frage ist, welchen Einfluß hat die nachfolgende Unmöglichkeit auf den Fortbestand der Verpflichtung des Schuldners? Hier ist

---

[1] A. M. Dernburg, a. a. O. S. 150. Endemann I, S. 484. Note 8. S. aber Oertmann, S. 41.

[2] Materialien: M. II. S. 44 ff. P. I. S. 314 ff. VI. S. 155.

Litteratur: 1888: Laband, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 73, S. 195 ff. 1889: Seuffert, Beitr., H. 11, S. 17 ff. Gierke, Der Entwurf, S. 29 ff. 199. Goldschmidt, Krit. Erörterungen, S. 16. 85. 123. 171. Meischeider, Beitr., H. 3, S. 47 ff. Neumann, Gruch. Beitr., Bd. 33, S. 395. Mataja, Arch. f. bürg. Recht, Bd. 1, S. 277 ff. Bolze, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 74, S. 102 ff. 1890: Gebhart, GA., S. 260 ff. Jacoby, Annalen d. d. Reichs, S. 43 ff. Reinhold, Gruch. Beitr., Bd. 34, S. 554 ff. 1892: Jakubezky, Bemerkungen S. 57. Bähr, Gegenentwurf, S. 52 f. 1896: Ubbelohde, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 85, S. 118 ff. Stintzing, ebenda, S. 466 ff. 1897: Stammler, Das R. der Schuldverhältnisse, S. 109 ff. Bunsen I, § 47. 1898: Otto, Sächs. Arch. Bd. 8, S. 676 ff. Goldmann-Lilienthal, S. 164 ff. Leske, § 43. Weyl I, §§ 73. 136. 1899: Kuhlenbeck, Von den Pandekten ꝛc. II, § 11. Cosack I, §§ 98. 105. Krückmann, § 44. v. Buchka, § 10. Endemann I, §§ 127. 136. Dernburg, Das bürgerliche Recht II, § 62.

Digitized by Google

zwischen dem Unvermögen des Schuldners und der objektiven Unmöglichkeit zu unterscheiden.

I. Das Unvermögen des Schuldners zur Leistung (subjektive Unmöglichkeit), welches nach Entstehung des Schuldverhältnisses eintritt, wirkt verschieden bei einer Spezies- und bei einer Gattungsschuld.

A. Bei der Gattungsschuld tritt in der Verpflichtung des Schuldners keinerlei Aenderung ein, mag das Unvermögen vom Schuldner verschuldet sein oder nicht (279).

B. Bei der Speziesschuld dagegen steht das Unvermögen des Schuldners der objektiven Unmöglichkeit gleich (275, Abs. 2). Es kommt daher darauf an, ob der Schuldner das Unvermögen verschuldet hat oder nicht (vgl. II.). Auch die unverschuldete Zahlungsunfähigkeit befreit den Schuldner[1].

II. Die objektive Unmöglichkeit.

Der Schuldner wird durch die nachfolgende Unmöglichkeit der Leistung frei, wenn er den die Unmöglichkeit herbeiführenden Umstand nicht zu vertreten hat. Welche Umstände aber vom Schuldner zu vertreten sind, ergiebt sich aus dem konkreten Schuldverhältniß und den allgemeinen Bestimmungen (vgl. Bd. I, § 83). Der Hauptfall der Vertretungspflicht ist der der Verschuldung. Wir dürfen insofern die Ausdrücke „zufällige" und „verschuldete Unmöglichkeit" beibehalten (275, Abs. 1, vgl. auch 279).

A. Die vorübergehende zufällige Unmöglichkeit befreit den Schuldner nur zur Zeit; er kommt, solange sie dauert, nicht in Verzug.

B. Die dauernde zufällige Unmöglichkeit befreit den Schuldner schlechthin.

C. Ist die nachfolgende Unmöglichkeit eine verschuldete (280, Abs. 1), so hat der Schuldner dem Gläubiger den durch die Nichterfüllung verursachten Schaden zu ersetzen. Die Forderung hat dadurch ihre durch den Zweck gegebene Individualität nicht verloren. Es ist die alte mit verändertem Leistungsgegenstande. Es zeigt sich das darin, daß ihre rechtlichen Eigenheiten und Accessorien fortbestehen wie bisher (Pfandrecht, Bürgschaft, Konkursprivilegien ꝛc.). Bei Verpflichtungen auf Unterlassung muß die Zuwiderhandlung ebenfalls verschuldet sein. Der Gläubiger kann auch in diesem Falle

[1] Goldmann-Lilienthal, S. 114, die Zahlungsfähigkeit Garantie übernehmen an, daß der Schuldner für | nehme.

Digitized by Google

Schadenserſatz fordern, es bleibt aber daneben der Anſpruch auf fernere Unterlaſſung oder aus CPO. § 890 beſtehen.

Bei Verpflichtungen auf ein Thun tritt mit dem Verzuge noch nicht der Schadenserſatzanſpruch, ſondern nur der Anſpruch auf das Verzugsintereſſe ein. Der Schadenserſatzanſpruch iſt von der gänzlichen oder theilweiſen Unmöglichkeit abhängig (vgl. aber V, 283). Dieſe Unmöglichkeit hat der Gläubiger zu beweiſen.

Bei theilweiſer verſchuldeter Unmöglichkeit kann der Gläubiger (wie im Falle des Verzuges, 286, Abſ. 2) den noch möglichen Theil der Leiſtung ablehnen bez. zurückgeben und Schadenserſatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit verlangen, wenn er beweiſt, daß die theilweiſe Erfüllung für ihn kein Intereſſe hat. Das ſich dann ergebende Verhältniß regelt ſich nach den Vorſchriften über das vertragsmäßige Rücktrittsrecht (346—356, Bd. I, § 90). Hat der Gläubiger endgültig die Theilleiſtung angenommen, ſo hat er nur noch den Anſpruch auf Schadenserſatz wegen theilweiſer Nichterfüllung (280, Abſ. 2). Dagegen darf der Schuldner die noch mögliche Theilleiſtung nicht verweigern, wenn ſie für ihn auch unverhältnißmäßig ſchwierig oder koſtſpielig ſein ſollte[1].

III. In Folge des Umſtandes, der die Unmöglichkeit der Leiſtung herbeiführt, kann dem Schuldner *für den geſchuldeten Gegenſtand Erſatz zukommen oder ein Anſpruch auf Erſatz erwachſen*, z. B. der Dritte, der die zu leiſtende Sache zerſtört hat, erſetzt den Schaden oder iſt dazu verpflichtet, oder der Schuldner erhält die Verſicherungsſumme oder hat einen Anſpruch auf dieſe. Der Gläubiger kann verlangen, daß der Schuldner ihm dieſe Erſatzleiſtung herausgiebt oder den Anſpruch auf Erſatz abtritt, ſoweit er übertragbar iſt (399). Dieſer Anſpruch, wiewohl auf einen anderen Gegenſtand gehend, iſt doch der dem Gläubiger aus dem Schuldverhältniſſe zuſtehende; es beſteht alſo die gleiche Haftung des Schuldners wie dort. Der Anſpruch ſteht dem Gläubiger zu ſowohl im Falle verſchuldeter wie unverſchuldeter Unmöglichkeit. Hat im Falle der verſchuldeten Unmöglichkeit der Gläubiger einen Anſpruch auf Schadenserſatz wegen Nichterfüllung, ſo mindert ſich die Entſchädigung um den Werth des

[1] Gegen die Anſicht Coſacks I S. 339, der ſich auf die Analogie von 251, Abſ. 2 beruft, führt Hellmann, Krit. V. J. Schr. Bd. 40 (1898) S. 188 mit Recht aus, daß dieſe Analogie deshalb nicht zutrifft, weil hier der Anſpruch auf Erfüllung, nicht auf Schadenserſatz, in Frage ſteht. Vgl. Schollmeyer S. 108 f.

Digitized by Google

Surrogates. Die Abtretung des Schadenserſatzanſpruches geſchieht nicht zahlungshalber, ſondern an Zahlungsſtatt, d. h. dem Gläubiger wird der Werth des Anſpruches zur Zeit der Abtretung in Abzug gebracht, nicht etwa nur Das, was er mit dem Anſpruch wirklich erlangt.

Die Pflicht zur Leiſtung des Surrogates darf nicht auf „die berechtigte Unterſtellung, der Verpflichtungswille ſei darauf gerichtet geweſen" (M. II. S. 46) zurückgeführt werden. Es handelt ſich vielmehr um eine poſitive Anordnung über die Leiſtung des Schadenserſatzes (281).

IV. Beruft ſich der Schuldner auf die Befreiung durch nachfolgende Unmöglichkeit der Leiſtung, ſo hat der Schuldner den Beweis der Umſtände zu erbringen, welche die Unmöglichkeit herbeiführten und ihn entſchuldigen (282).

V. Die Unmöglichkeit der Erfüllung gewinnt noch beſondere Bedeutung, wenn der Gläubiger von dem Rechtsbehelf in 283 Gebrauch macht. Hat der Gläubiger gegen den Schuldner auf Erfüllung (Herausgabe einer Sache, Vornahme einer Handlung) geklagt und iſt der Schuldner rechtskräftig zur Leiſtung verurtheilt, ſo müßte der Gläubiger zunächſt den Weg der Zwangsvollſtreckung einſchlagen und könnte erſt dann, wenn hier die Unmöglichkeit der Leiſtung feſtgeſtellt iſt, das Intereſſe liquidiren, d. h. Schadenserſatz wegen Nichterfüllung fordern (CPO. § 893). Damit wäre die Realiſirung des Schadenserſatzanſpruches wegen Nichterfüllung ſehr gegen das Intereſſe des Gläubigers hinausgeſchoben. Das Geſetz eröffnet deshalb dem Gläubiger folgenden Weg: der Gläubiger ſetzt, ohne die Zwangsvollſtreckung zu betreiben, dem rechtskräftig verurtheilten Schuldner eine angemeſſene Friſt[1] zur Bewirkung der Leiſtung mit der Erklärung, daß er nach Ablauf der Friſt die Leiſtung ablehne. Verſtreicht die Friſt, ohne daß die Leiſtung bewirkt iſt, ſo hat der Gläubiger nur noch den Anſpruch auf Schadenserſatz wegen Nichterfüllung. Es wird im Intereſſe des Gläubigers angenommen, daß verſchuldete Unmöglichkeit der Leiſtung eingetreten ſei. Auch ſteht dem Gläubiger das Recht zu, bei blos theilweiſe rechtzeitig bewirkter Leiſtung Schadenserſatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit zu verlangen. In dieſem Falle hat der Gläubiger den Beweis zu führen, daß die theil-

[1] Nach CPO § 255 kann die Friſt auch ſchon im Urtheil auf Antrag des Gläubigers aufgenommen werden. Sie läuft dann von der Rechtskraft des Urtheiles an.

Digitized by Google

weise ursprüngliche Leistung für ihn kein Interesse hat (280, Abs. 2). Die Verpflichtung zum Schadensersatze tritt nicht ein, wenn in der Zeit zwischen Verkündung des Urtheiles und dem Ablauf der Frist die geschuldete Leistung ohne Schuld des Schuldners unmöglich wird. Ist in Folge dieser Umstände keine dauernde Befreiung des Schuldners eingetreten, so würde der Gläubiger eine neue Frist setzen müssen.

Der Rechtsbehelf ist für den Gläubiger von Bedeutung gegenüber dem renitenten Schuldner im Falle der anfänglichen subjektiven Unmöglichkeit und auch in den Fällen der nachfolgenden Unmöglichkeit. Er ist bei allen Schuldverhältnissen statthaft, nicht aber bei Verpflichtungen auf Verschaffung eines Rechtes (Schadensersatzpflicht wegen Eviktion)[1].

§ 85.

Entstehung der Schuldverhältnisse. Der Vertrag[2].

Eigenartige Schuldverhältnisse wurzeln in sachenrechtlichen, familienrechtlichen, erbrechtlichen Verhältnissen. Auch

---

[1] Vgl. Otto, Sächs. Arch. Bd. 8 (1898) S. 688.

[2] Materialien: M. I. S. 178. 184. II. S. 175 ff. P. I. S. 447 f. 455 ff.: 623 ff. V S. 444. VI S. 156. 163 f. BRR. S. 62.

Litteratur: 1888: Rudloff, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 73, S. 230 ff. Bähr, Zur Beurtheilung, S. 54 ff. 1889: Bernhöft, Beitr., H. 12, S. 64 ff. Baron, Jahrb. f. Nationalök. u. Stat., n. F., Bd. 19, S. 246 ff. Gierke, Der Entwurf, S. 213 ff. Seuffert, Beitr., H. 11, S. 55 ff. Goldschmidt, Zeitschr. f. d. ges. Handelsr., Bd. 36, S. 134. Gierke, Beitr., H. 18, S. 104. 114. Laband, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 74, S. 9 ff. Bähr, Arch. f. bürg. R., Bd. 2, S. 140. 146. Opitz, Gutachten, S. 42 ff. Jur. Tag 20, Bd. 4, S. 62 ff. Pr. Landes-Oek.-Koll., S. 4 ff. 123 ff. 130 ff. 219. 250 ff. 254 ff. 471 ff. 476. 479. 483 ff. 488. 505 ff. 898 f. 1890: Jacoby, Annalen d. d. Reichs, S. 861 ff. Hachenburg, GA., S. 113 ff. Cleß, Staat und Familie, S. 16. Stolterfoth, Beitr. S. 67. 1892: Adler, Jahrb. f. Dogm., Bd. 31, S. 190 ff. Bähr, Gegenentwurf, S. 70 f. Grützmann, Sächs. Arch. Bd. 2, S. 745 ff. Dove, Jur. Tag 22, Bd. 1, S. 326 ff. Jakubezky, Bemerkungen S. 79 f. 1893: Jur. Tag 22, Bd. 4, S. 56 ff. 1894: Affolter, Arch. f. bürgerl. R., Bd. 8, S. 1 ff. (mit Nachwort von Kohler, S. 49 ff.). 1895: Jacoby, Jahrb. f. Dogm., Bd. 35, S. 66 ff. 1897: Stammler, D. Recht der Schuldverhältnisse, S. 11 ff. 101. Bunsen I, § 50. 1898: Goldmann-Lilienthal, S. 98 ff. Otto, Sächs. Arch. Bd. 8, S. 705 ff. Stobbe-Lehmann III §§ 214—217. Leske, § 46. Weyl I, §§ 77—79. 1899: Kuhlenbeck, Von den Pandekten ꝛc. II, § 3. Cosack I, §§ 81—83. Krückmann, §§ 37. 38. 41—44. v. Buchka, § 11. Endemann I, §§ 101—106. Dernburg, Das bürgerl. Recht II, §§ 54. 78—80. 83.

Digitized by Google

auf diese finden die für die reinen Schuldverhältnisse maßgebenden Grundsätze Anwendung. Sie sind aber im Zusammenhang mit ihren Grundverhältnissen darzustellen. Das gilt namentlich von ihrer Entstehung.

I. Reine Schuldverhältnisse entstehen aus Rechtsgeschäft, richterlicher Verfügung oder durch Gesetz.

Die Entstehung durch richterlichen Akt gehört in das Prozeßrecht. Die Entstehung durch Gesetz begreift alle diejenigen Fälle in sich, in denen das Gesetz das Schuldverhältniß anknüpft an einen Thatbestand, der nicht rechtsgeschäftlichen Charakter hat. Die Hauptfälle sind die der Schuldverhältnisse aus unerlaubten Handlungen und ungerechtfertigter Bereicherung.

Rechtsgeschäftliche Schuldverhältnisse entstehen aus einseitigem Versprechen des Schuldners (einseitiges Rechtsgeschäft). Das Gesetz erkennt diese Entstehung in bestimmten Fällen an (Auslobung, Schuldverschreibungen auf den Inhaber). Grundsätzlich ist erforderlich ein Vertrag. Was von der Entstehung gilt, muß auch von der Abänderung des Schuldverhältnisses gelten (305).

II. Für alle Schuldverhältnisse erzeugenden Rechtsgeschäfte gelten die für Rechtsgeschäfte überhaupt normirenden Grundsätze (Bd. I, § 45 ff.). Besondere generelle Vorschriften gelten aber in Abweichung von allgemeinen Normen oder zur näheren Bestimmung solcher für die Schuldverträge.

A. Die im Prinzip herrschende Formfreiheit wird durchbrochen.

1. Entgeltliche und unentgeltliche Verträge, durch die sich der Schuldner verpflichtet, sein gegenwärtiges Vermögen oder einen Bruchtheil desselben zu übertragen oder mit einem Nießbrauche zu belasten, bedürfen der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung (311). Der Grund der Bestimmung liegt in der Bedeutung des Geschäftes für den Schuldner und in der Rücksicht auf die Erbfolge. Daher auch die übereinstimmende Bestimmung für den Erbschaftskauf (2371). Verträge über einzelne Vermögensgegenstände (z. B. Gutsabtretungsverträge) oder Sondervermögen (z. B. ein im Handelsbetriebe angelegtes Vermögen) gehören nicht hierher. Beim obligatorischen Schenkungsvertrage genügt hier nicht wie in anderen Fällen (518) die gerichtliche oder notarielle Beurkundung des Versprechens, es muß vielmehr der ganze Vertrag, also auch die Annahme des Versprechens, formrichtig erfolgen. Die Folge der Verletzung der Formvorschrift ist Nichtigkeit (125). Im Falle des obligatorischen

Digitized by Google

Schenkungsvertrages tritt hier die Heilung der Nichtigkeit durch Bewirkung der versprochenen Leistung nicht ein (518, Abs. 2). Die durch Veräußerung vollzogene Schenkung fällt dagegen nicht unter 311, aber theilweise oder gänzliche Veräußerung des Vermögens in Erfüllung des nichtigen Schenkungsvertrages sehr wohl.

2. Für Verträge, durch die sich der Schuldner verpflichtet, das Eigenthum oder Erbbaurecht (1117) an einem Grundstücke zu übertragen, ist gleichfalls gerichtliche oder notarielle Beurkundung[1] erforderlich, mag der Vertrag auch in seinem Hauptinhalte auf Anderes abzielen (z. B. Eingehung einer Gesellschaft). Die durch Verletzung der Formvorschrift hervorgerufene Nichtigkeit wird geheilt durch Auflassung und Eintragung in das Grundbuch. Der Vertrag wird durch diese Akte seinem ganzen Inhalte nach gültig, natürlich nur, soweit der Mangel der Form der Gültigkeit entgegenstand. Beim Tausche zweier Grundstücke ist Auflassung und Eintragung bei beiden Grundstücken nothwendig[2]. Ist der Schuldvertrag z. B. wegen Betruges oder Irrthumes anfechtbar, so tritt die Heilung durch Auflassung und Eintragung nicht ein. Die Heilung rechtfertigt sich besonders dadurch, daß der unter Mitwirkung des Grundbuchbeamten bewirkte Vollzug des Vertrages (Uebergang des Eigenthumes) ohnehin gültig wäre (313).

3. Eine Formvorschrift besteht ferner für den Vertrag der zukünftigen gesetzlichen Erben über ihren gesetzlichen Erb- und Pflichttheil (312, Abs. 2, vgl. B. Z. 2).

B. Im Rechte der Schuldverhältnisse gilt das Prinzip der Vertragsfreiheit[3] mit seinen allgemeinen Schranken (Bd. I, § 73). Ob diese Schranken vorliegen, kann in gewissen Fällen zweifelhaft sein; daher trifft das Gesetz für diese Fälle ausdrückliche Bestimmung, nämlich:

1. Für den Vertrag, durch den der Schuldner sich verpflichtet, sein künftiges Vermögen oder einen Bruchtheil desselben zu übertragen oder mit einem Nießbrauche zu belasten (310). Der Vertrag ist nichtig, z. B. also

---

[1] Vorbehalt für das Landesrecht: EG., Art. 142. Vgl. Mecklenb.-Schwer. AV. z. BGB. § 36. Mecklenb.-Strel. AV. z. BGB. § 35. Preuß. AG. z. BGB., Art. 12. Oldenburg. AG. z. BGB. § 52. Württemb. AG. z. BGB. Art. 33.

[2] Schollmeyer, S. 168. A. M. Dernburg, Das bürgerl. Recht III, § 89. Z. 8.

[3] Mehrfache Einschränkungen erleidet die Vertragsfreiheit in den Reichsgesetzen. Vgl. Mandry-Geib (1898), bes. S. 416.

Digitized by Google

ein Gesellschaftsvertrag über das künftige Vermögen. Die Bestimmung hat ihren Grund in der Unsittlichkeit[1] und Gefährlichkeit derartiger Verträge für die freie wirthschaftliche Bethätigung des Einzelnen. Sie bezieht sich auf alle entgeltlichen und unentgeltlichen Verträge mit dem bezeichneten Inhalte, aber nicht auf Erbverträge und Verträge, die nur ein ausgeschiedenes Sondervermögen betreffen.

2. Nichtig sind auch die Verträge über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten (Erbschaftsvertrag)[2] und über den Pflichttheil und ein Vermächtniß aus dem Nachlaß eines noch lebenden Dritten, beide wegen ihrer Unsittlichkeit und Gefährlichkeit. Die Bestimmung trifft zu, auch wenn es sich um Erbschaft eines unbestimmten Dritten handelt (z. B. Verzicht des Auswandernden auf alle ihm eventuell anfallenden Erbschaften ꝛc.). Daß der noch lebende Dritte handlungsunfähig oder verschollen ist, schließt die Anwendbarkeit der Bestimmung nicht aus. Möglich ist die Zuziehung des Erblassers zum Vertrage der Parteien. Das Verhältniß gestaltet sich dann als Verbindung von Erbverzicht zwischen Erblasser und Veräußerer und Erbeinsetzungsvertrag zwischen dem Erblasser und Erwerber. Zur Gültigkeit wäre dann erforderlich die Wahrung der für diese erbrechtlichen Geschäfte bestehenden Formvorschriften. Diese Möglichkeit bietet sich aber nicht immer (Geschäftsunfähigkeit, Abwesenheit des Erblassers), es besteht aber ein Bedürfniß vertragsmäßiger Regulirung in gewissen Fällen. Daher sind ausgenommen Verträge unter den zukünftigen gesetzlichen Erben über ihren gesetzlichen Erbtheil oder ihren Pflichttheil. Sie bedürfen aber der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung (312).

3. In den Fällen Z. 1 u. 2 bestimmt sich die Rechtsfolge wie bei einem auf unmögliche Leistung gerichteten Vertrage (309; Bd. I § 73).

III. Dem Abschlusse des Schuldvertrages kann, wie allen Verträgen, ein Vorvertrag der Parteien vorausgehen. Ueber die Form des Vorvertrages vgl. Bd. I, § 51. Inhalt des Vorvertrages ist das von den Parteien abgegebene und angenommene Versprechen, einen andern Vertrag eingehen zu wollen. In dieser Mitwirkung zum Abschluß des in Aussicht genommenen Vertrages liegt die Leistung, auf welche eine Partei gegen die andere klagen kann. Worin die Mitwirkung besteht, wird sich bei reinen Willensgeschäften,

[1] Vgl. Schollmeyer, S. 161.

[2] Vgl. Schiffner, Der Erbvertrag (1898), S. 201 ff.

Digitized by Google

formellen Geschäften und Realakten verschieden bestimmen und demgemäß auch die Klage und die Zwangsvollstreckung einzurichten sein (CPO. §§ 803 ff. 887. 888). Selbstverständlich steht die Bestimmung der Leistung im Vorvertrage unter den allgemeinen Erfordernissen der Leistungsbestimmung (Erlaubtheit, Bestimmtheit ꝛc., vgl. Bd. I, § 73)[1].

§ 86.

Der gegenseitige Vertrag[2].

I. Die Verträge sind entweder einseitige oder zweiseitige. Bei den einseitigen Verträgen ist der eine Theil allein Gläubiger, der andere allein Schuldner, z. B. reines Schenkungsversprechen (518), Bürgschaftsvertrag (765). Die zweiseitigen Verträge sind entweder vollkommen zweiseitige (gegenseitige oder synallagmatische) Verträge; diese sind auf Austausch von Leistung gegen Leistung gerichtet, jeder Theil ist Gläubiger, jeder Schuldner. Ohne diese gegenseitige Verpflichtung ist ein Vertrag dieser Art nicht vorhanden z. B. Kauf, Tausch, Miethe, Pacht, Dienstvertrag ꝛc. Eine

[1] Auch eine gesetzliche Pflicht zum Vertragsschlusse besteht nach GHB. § 453. Reichspostgesetz vom 28. Okt. 1871. § 3 und Reichstelegraphengesetz vom 6. April 1892. Dieses auf alle konzessionirten Anstalten, die ihre Dienste dem Publikum anbieten, auszudehnen, ist bedenklich. A. M. Dernburg, a. a. O. S. 184 f. Hinsichtlich der Enteignung vgl. Bd. I, § 104, I, A.

[2] Materialien: M. II. S. 200 ff. P. I. S. 625 ff. 642 ff.; II. S. 62 ff. VI, S. 156 f. D. S. 48 ff. BRR. S. 63. Begründung der Nov. z. CPO., S. 136. 143.

Litteratur: 1888: Bähr, Zur Beurtheilung ꝛc., S. 56 ff. 1889: Seuffert, Beitr., H. 11, S. 59 ff. Hanausek, Jur. Tag 20, Bd. 1, S. 322 ff. Laband, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 74, S. 25 ff. Gierke, Der Entwurf, S. 215 ff. Bernhöft, Beitr. H. 12, S. 43 ff. 1890: Hachenburg, GA., S. 115 ff. 122 ff. Neumann, Gruch. Beitr., Bd. 34, S. 451. Jacoby, Annalen d. d. Reichs, S. 867 ff. 1891: André, Die Einrede des nichterfüllten Vertrages. 1892: Grüßmann, Sächs. Arch., Bd. 2, S. 748 ff. Reinhold, Gruch. Beitr., Bd. 36, S. 290 ff. Bähr, Gegenentw., S. 72 f. Jakubezky, Bemerkungen, S. 84 ff. 1894: Cretschmar, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 82, S. 114 ff. 1897: Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse S. 84 ff. 95 ff. 119 ff. 133. 140 ff. Bunsen I, § 51. 1898: Otto, Sächs. Arch. Bd. 8. S. 672 ff. 688 ff. Leske, § 47. Weyl I, § 80. Goldmann-Lilienthal, S. 137. Hachenburg, Das BGB., S. 55 ff. 1899: Kuhlenbeck II, § 11 (S. 73 ff.). Cosack I, §§ 86. 99. 100. 105—107. Krückmann, § 44. v. Buchka, § 11. Endemann I, §§ 124. 137 bis 140. Dernburg, Das bürgerliche Recht II, §§ 91—98. Regelsberger, Jahrb. f. Dogmat. Bd. 40, S. 259 ff.

Digitized by Google

andere ist die Struktur derjenigen zweiseitigen Verträge, bei denen eine Verpflichtung zur Leistung zunächst nur auf einer Seite entsteht, eventuell aber auch, und zwar dem Vertrage gemäß, eine Verpflichtung auf der anderen Seite eintreten kann (actio contraria, contractus bilaterales inaequales, unvollkommen zweiseitige Verträge z. B. Auftrag: 662. 669 bis 670. 677 ff.)[1].

II. Der gegenseitige Vertrag[2].

A. Der gegenseitige Vertrag läßt an sich eine verschiedene Auffassung und Normirung im positiven Rechte zu. Der gegenseitige Vertrag kann als eine Vereinigung zweier völlig selbständiger, vertragsmäßiger Schuldverhältnisse aufgefaßt werden. Der Anspruch aus dem einen Schuldverhältnisse auf die Leistung besteht in vollkommener Unabhängigkeit von dem Anspruche aus dem anderen auf die Gegenleistung. Dieses ist der Standpunkt des älteren römischen Rechtes. Die entgegengesetzte Auffassung, die im modernen Recht (ALR., code civil) schärfer betont ist, wäre: der gegenseitige Vertrag erzeugt überhaupt nur ein Schuldverhältniß mit verschiedenen Seiten; jeder Theil hat einen Anspruch auf Leistung, aber nur gegen Gegenleistung. Einen Anspruch auf Leistung für sich giebt es so wenig wie einen solchen auf Gegenleistung. Zwischen beiden Extremen vermittelt die Auffassung, daß im gegenseitigen Vertrage zwei selbständige Schuldverhältnisse begründet liegen, die sich aber in gegenseitiger Abhängigkeit von einander befinden. Diese Abhängigkeit läßt dann wiederum eine verschiedene Auffassung zu:

1. Sieht man den Anspruch aus dem einen Schuldverhältniß auf Leistung und den aus dem andern auf Gegenleistung als sich wechselseitig affizirend und bedingend an, so kann jeder Theil nur fordern, wenn er selbst dagegen leistet oder Gegenleistung anbietet. Geschieht letzteres nicht, so fordert er zu viel. Diese Auffassung nähert sich schon erheblich der Auffassung vom einheitlichen Schuldverhältnisse.

2. Die gegenseitige Abhängigkeit kann aber auch dahin verstanden werden, daß jeder Theil allerdings nur einen Anspruch auf Leistung haben soll, wenn er seinerseits gegenleistet, daß aber, wenn

[1] Nach röm. R. gehörte dahin auch das commodatum, die Leihe des BGB. 598 ff. ist aber gegenseitiger Vertrag.

[2] Die Vorschriften finden auf alle gegenseitigen Verträge Anwendung (Kauf, Tausch, Miethe, Werkvertrag ꝛc.) und treten zu den besonderen Vorschriften über diese Verträge hinzu; ferner gelten die gleichen Grundsätze auch für die gesetzlichen gegenseitigen Schuldverhältnisse (Gemeinschaft, Rücktrittsrecht), schließlich auch für gegenseitige liberatorische Verträge.

Digitized by Google

letzteres nicht geschieht, dennoch gefordert ist, was geschuldet ist und wieviel geschuldet ist, und nur gegen die Parteiabsichten gefehlt ist, die bei Begründung des gegenseitigen Vertrages vorlagen.

Diese letzte Auffassung ist die des BGB. Jeder Theil ist mit dem Abschlusse des gegenseitigen Vertrages zur Leistung selbständig verpflichtet. Es steht ihm aber ein Gegenrecht zu, mit dessen Geltendmachung der beklagte Theil zwar nicht die Abweisung der Klage, wohl aber erreicht, daß seine Verurtheilung auf Erfüllung Zug um Zug lautet. So wird der Kläger, wenn er das Urtheil gegen den Beklagten vollstrecken lassen will, genöthigt, auch seinerseits zu leisten. Darin zeigt sich die gegenseitige Abhängigkeit der beiden Schuldverhältnisse.

B. Die Rechtsgrundsätze im Allgemeinen.

1. Es entspricht bei den gegenseitigen Verträgen den gewöhnlichen Intentionen der Parteien, daß Zug um Zug zu leisten ist. Es kann aber auch durch Vertrag oder Gesetz eine Vorleistungspflicht des einen oder anderen Theiles bestimmt sein (320. Abs. 1, 321 322, Abs. 2).

2. Besteht eine Vorleistungspflicht für ihn nicht, so kann jeder Theil, der um Erfüllung seiner Verpflichtung angegangen wird, die Erfüllung verweigern bis zur Bewirkung der Gegenleistung, d. h. er kann wechselseitige Erfüllung verlangen, nicht etwa Vorleistung. Dieses Verweigerungsrecht ist die civilrechtliche Einrede des nicht erfüllten Vertrages (exceptio non adimpleti contractus)[1]. Derjenige Theil, der Erfüllung verlangt, muß also entweder bereits erfüllt haben oder zur Erfüllung bereit sein. Die Weigerung ist auch dann gerechtfertigt, wenn das Geleistete oder Angebotene wegen Unvollständigkeit oder Mangelhaftigkeit vertragsmäßige Leistung nicht ist (sog. exceptio non rite adimpleti contractus)[2]. Das Weigerungsrecht steht am nächsten dem Zurückbehaltungsrecht (273. 274)[3].

a. Sind auf einer Seite am gegenseitigen Vertrage Mehrere

[1] Bleibt der Beklagte aus, so erfolgt folgerichtig seine Verurtheilung im Versäumnißverfahren auf Leistung, nicht auf Leistung „Zug um Zug". Gaupp-Stein, Kommentar z. CPO. 3 A. (1897), zu § 296. Dernburg a. a. O. II. S. 203.

[2] Dagegen hat andere Bedeutung der Einwand, daß, obwohl von Seiten des Anfordernden Erfüllung vorliege, doch auf Grund besonderer Thatsachen (verlorene Mängel der Sache) die besonderen Ansprüche auf Wandelung oder Minderung erwachsen seien (462, vgl. aber 463. 480). Vgl. Dernburg a. a. O. S. 206.

[3] Der Beklagte kann mit der Einrede das Ausbleiben der klägerischen Leistung geltend machen, nicht auch, daß eine im besonderen Nebenvertrage

Digitized by Google

betheiligt, so kann Jeder seinen Antheil an der Leistung nur gegen Bewirkung der ganzen Gegenleistung verlangen. Das entspricht den Absichten der Parteien beim Abschluß des Vertrages und der Billigkeit. Wird z. B. von dem Antheilsberechtigten eine Verpflichtung auf Rechtsübertragung geltend gemacht, so würde der in Anspruch Genommene in eine Rechtsgemeinschaft mit dem befriedigten Antheilsberechtigten eintreten müssen, ohne selbst befriedigt zu sein; und steht der in Anspruch Genommene selbst auch in einer Rechtsgemeinschaft, so würde er zwar aus dieser ausscheiden, aber ein neues Gemeinschaftsverhältniß an Stelle des früheren für ihn begründet werden. Die Vorschrift findet Anwendung sowohl, wenn Zug um Zug zu leisten ist, als auch, wenn der Antheilsberechtigte, der Leistung begehrt, vorzuleisten hat. Sie kann durch Parteiwillkür ausgeschlossen werden. Sie findet selbstverständlich nur Anwendung, soweit bei theilbaren Leistungen antheilsweise Betheiligung der Mehreren eintritt (420, vgl. 2039).

b. An sich ist der auf Erfüllung in Anspruch Genommene berechtigt, die ganze Leistung zu verweigern, solange ihm nicht die volle Gegenleistung angeboten oder gemacht ist. Hat der Anfordernde aber zum Theile geleistet, so kann die Verweigerung der ganzen Gegenleistung nach den Umständen gegen Treu und Glauben verstoßen, z. B. die rückständige Leistung ist eine im Verhältniß zu der geforderten Leistung nur geringfügige. Soweit der Verstoß gegen Treu und Glauben vorliegt, kann die Gegenleistung nicht verweigert werden (320, Abs. 2). Diese Vorschrift enthält demnach eine Einschränkung des Verweigerungsrechtes, dem Prinzip in 242 gemäß, nicht etwa die Gewährung eines Rechtes an den Kläger (replica doli)[1]. Die Einschränkung kann daher auch Platz greifen, wenn sich an der angenommenen Leistung Fehler herausstellen[2]. Die Vorschrift findet

bedungene Sonderleistung ausblieb. Ob Einheitlichkeit des ganzen Geschäftes und der Leistung und Nebenleistung, oder Hauptgeschäft und Nebengeschäft und demnach Hauptleistung und Nebenleistung anzunehmen ist, ist Auslegungsfrage. Vgl. Stammler, a. a. O., S. 86 f.

[1] Stammler, a. a. O., S. 95, sagt daher auf Grund seiner Auffassung der Schranke „Treu und Glauben" mit Recht, daß eine Bemängelung des beklagtischen Vorbringens (exceptio non adimpl. contr.) garnicht erforderlich sei. Stehe nach dem Ergebniß der Verhandlung fest, daß die vorgeschützte Einrede gegen Treu und Glauben ist, so habe Verurtheilung des Beklagten zu erfolgen. A. M. Oertmann, S. 68. Z. 7 b. Planck zu 320. Z. 4. Vgl. Bd. I, § 92.

[2] Planck zu 320. Z. 4. Oertmann zu 320. Z. 7. Dernburg a. a. O. S. 205 f. Neumann, S. 104. Schollmeyer, S. 189 f. A. M. Cosack I, S. 301.

Digitized by Google

keine Anwendung, wenn durch Annahme der Theilleistung das Schuldverhältniß selbst getheilt ist. Das Verweigerungsrecht steht dann in Betreff des verhältnißmäßigen Theiles der Gegenleistung überhaupt nicht zu[1].

c. Das Verweigerungsrecht unterscheidet sich dadurch wesentlich von dem Zurückbehaltungsrecht, daß ersteres nicht durch Sicherheitsleistung abgewendet werden kann (vgl. 273, Abs. 3 mit 320, Abs. 1).

3. Aus dem gegenseitigen Vertrage kann der Gläubiger zwar unter Berücksichtigung des Gegenrechtes, d. h. auf Leistung Zug um Zug, er kann aber auch auf Leistung schlechthin klagen, da ihm eben dieser Anspruch zusteht. Es gehört nicht zur Klagbegründung, daß der Kläger vorgeleistet habe oder zur Erfüllung bereit sei. Wird das Gegenrecht vom Beklagten geltend gemacht, so erfolgt die Verurtheilung auf Leistung Zug um Zug. Die Zwangsvollstreckung aus solchem Urtheil kann der Kläger nur betreiben, wenn er die ihm obliegende Leistung bewirkt oder den Gegner in Annahmeverzug gesetzt hat (vgl. CPO. §§ 726 Abs. 2, 756. 765).

4. Erhebt der Gläubiger aus dem gegenseitigen Vertrage Klage auf die geschuldete Leistung, so muß der in Anspruch Genommene sich auf sein Verweigerungsrecht berufen, sonst würde Verurtheilung gemäß dem Klagantrage eintreten, wenn nicht sonstige wirksame Vertheidigung vorliegt. Die Thatsache der Vorleistung des Klägers bez. der Vorleistungspflicht des Beklagten gehört nicht zum Klaggrunde. — Macht der Beklagte sein Verweigerungsrecht geltend, so muß der Kläger seinerseits die vollständige Erfüllung behaupten, wenn er die Einrede des Beklagten entkräften will (replica solutionis). Je nachdem vom Kläger die Erfüllung bewiesen wird oder nicht, würde, die Wahrheit der Einrede vorausgesetzt, Verurtheilung zur Leistung oder zur Leistung Zug um Zug erfolgen. Würde der Kläger die Erfüllung überhaupt nicht behaupten, weder in der Klage noch später, so erfolgt Verurtheilung zur Leistung Zug um Zug, niemals Abweisung der Klage (322, Abs. 1).

Den Beweis der Erfüllung hat der Kläger zu erbringen; denn der Beklagte beruft sich in der Einrede auf den Bestand einer Verpflichtung auch des Klägers, die nach der Vertragsabsicht den Kläger verhindere, Erfüllung vom Beklagten zu verlangen. Beklagter hat daher nur den Bestand dieser Verpflichtung des Klägers zu beweisen.

5. Hat der eine Theil eine ihm als Erfüllung angebotene Leistung

[1] Oertmann zu 320, Z. 7. Ternburg a. a. O. S. 205, Note 2.

Digitized by Google

als Erfüllung angenommen, so steht ihm auch jetzt noch als Beklagtem das Verweigerungsrecht zu (Z. 2, exceptio non rite adimpleti contractus). Es hat aber der Beklagte in diesem Falle den Beweis zu liefern, daß Erfüllung nicht vorliege; der Kläger hat nur den Beweis des Angebotes und der Annahme als Erfüllung zu erbringen (363). Behauptet der Beklagte, daß das von ihm als Erfüllung Angenommene nicht Erfüllung sei, so wird auch hier die Schranke 320, Abs. 2 (Z. 2 b.) zu beachten sein.

6. Behauptet der Beklagte, daß der Kläger vorleistungspflichtig sei, so hat er die Vorleistungspflicht zu beweisen. Besteht die Vorleistungspflicht, so wird der Kläger abgewiesen. Wird der aus dem gegenseitigen Vertrage zur Vorleistung Verpflichtete auf Erfüllung belangt, so hat er ein Verweigerungsrecht (Z. 2) nur unter ganz besonderen Voraussetzungen (clausula rebus sic stantibus)[1].

a. Es müssen *nach* dem Abschlusse des gegenseitigen Vertrages in den Vermögensverhältnissen des andern Theiles wesentliche Verschlechterungen *eingetreten* sein,

b. durch welche der Anspruch auf die Gegenleistung gefährdet wird.

Dieses Verweigerungsrecht hat außerdem die Eigenthümlichkeit, daß seine Ausübung durch Sicherheitsleistung abgewendet werden kann (321).

C. *Der Einfluß der nachfolgenden Unmöglichkeit der Leistung*, welcher wie sonst das Unvermögen des Schuldners, von Gattungsschulden abgesehen, gleichsteht. Während das römische Recht in dieser Frage Kauf und verwandte Verträge einerseits und die Miethsverträge andrerseits verschieden behandelt, stellt das BGB. (wie ALR.) zunächst einheitliche Grundsätze für alle gegenseitigen Verträge auf. Es kommt hier die gegenseitige Abhängigkeit der Ansprüche zum stärkeren Ausdruck, jedoch sind verschiedene Möglichkeiten auseinanderzuhalten:

1. Die Unmöglichkeit ist eine weder vom einen noch vom andern Theile verschuldete, also zufällige.

a. Der Schuldner wird befreit (275), sobald *gänzliche Unmöglichkeit vorliegt*, hat aber auch kein Recht auf die Gegenleistung. Der zur Gegenleistung Verpflichtete behält also das Verweigerungsrecht, und der Schuldner trägt die Gefahr bis zur Er-

[1] Vgl. *Fritze*, Arch. f. bürgerl. Recht. Bd. 17 (1899) S. 46.

Digitized by Google

füllung. Anwendung in **446** (Kauf) und **644** (Werkvertrag) (**323**, Abs. 1)[1].

b. Wird die Leistung nur *theilweise unmöglich*, so mindert sich die Gegenleistung in derselben Weise wie ein Kaufpreis wegen Mängel der Waare (**472. 473**, vgl. Bd. I, § 106).

c. Ist dem durch die zufällige Unmöglichkeit Befreiten *Ersatz* für den geschuldeten Gegenstand zugegangen oder hat er einen *Ersatzanspruch*, so kann nach § 281 der Gegner die Herausgabe bez. Abtretung verlangen, bleibt dann aber zur Gegenleistung verpflichtet. Insoweit aber als der Werth des Ersatzes oder Ersatzanspruches hinter dem Werthe der geschuldeten Leistung zurückbleibt, tritt verhältnißmäßige Minderung der Gegenleistung nach **472. 473** (a) ein. Selbstverständlich muß der möglich gebliebene Theil der Leistung noch von solcher Bedeutung sein, daß er als Theil betrachtet werden kann, sonst wäre der Fall der gänzlichen Unmöglichkeit gegeben (**323**, Abs. 2).

d. Ist im Falle der gänzlichen oder theilweisen Unmöglichkeit der Leistung die Gegenleistung über das Maß Dessen, was geschuldet wurde, erbracht, so tritt Rückforderung wegen ungerechtigter Bereicherung ein (**323**, Abs. 3).

2. Die Unmöglichkeit der dem *einen Theile* obliegenden Leistung ist von dem *andern Theile* verschuldet. Der Verpflichtete wird hier selbstverständlich befreit (**275**), behält aber den Anspruch auf die Gegenleistung des andern Theiles. Da die Gegenleistung immer im Austausch gegen die andere Leistung erfolgen soll, so muß sich der von dieser befreite Schuldner anrechnen lassen, was er in Folge der Befreiung z. B. an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt. Der andere Theil hat also ein Abzugsrecht gegenüber dem Anspruche auf die Gegenleistung, er hat keine Forderung auf diese Beträge. Rückforderung tritt ein, wenn die Gegenleistung ohne Abzug erbracht ist. Den Gläubiger trifft der Beweis bez. des Abzuges in allen Fällen (**324**, Abs. 1).

3. Die Unmöglichkeit der dem *einen* Theile obliegenden Leistung ist *von* dem Verpflichteten selbst verschuldet.

a. Der andere Theil hat hier zunächst die Rechte, die sich im Falle zufälliger Unmöglichkeit aus Z. 1 ergeben (**323**), da er im Falle der Verschuldung seitens des anderen Theiles nicht schlechter gestellt sein kann als im Falle der zufälligen Unmöglichkeit. Er hat

[1] Besonderheit in **616** (Dienstvertrag).

Digitized by Google

also das Verweigerungsrecht, den Anspruch auf das Surrogat und den Bereicherungsanspruch und im Falle der nur theilweisen Unmöglichkeit den Anspruch auf Minderung (325, Abs. 1).

b. Dem andern Theile stehen aber noch weitere Rechte in diesem Falle zu, nämlich: der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung und das Rücktrittsrecht. Doch ist zu unterscheiden:

α. Ist die Leistung des einen Theiles gänzlich unmöglich geworden, so hat der andere Theil die Wahl, ob er Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern oder vom Vertrage zurücktreten will (325, Abs. 1, Satz 1). Fordert er Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so hat er die ihm obliegende Gegenleistung Zug um Zug zu erfüllen.

β. Ist die Leistung nur theilweise unmöglich geworden, so kann der andere Theil die noch mögliche Theilleistung annehmen und wegen des unmöglich Gewordenen Schadensersatz wegen theilweiser Nichterfüllung fordern, oder er kann von dem Vertrage zum Theile zurücktreten[1]. Hat aber die theilweise Leistung für ihn kein Interesse mehr, so kann er entweder nach 280, Abs. 2 Schadensersatz wegen gänzlicher Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrage gänzlich zurücktreten (325, Abs. 1).

γ. Ist der eine Theil bereits rechtskräftig verurtheilt und hat der andere Theil ihm eine Frist zur Erfüllung nach 283 gesetzt, so hat der andere Theil, wenn die Frist verstreicht und die Leistung ganz ausbleibt, die Rechte nach α, wenn sie nur theilweise erfolgt nach β (325, Abs. 2).

c. Das gesetzliche Rücktrittsrecht steht unter den Vorschriften für das vertragsmäßige (327).

D. Der Einfluß des Verzuges.

1. Der Leistungsverzug[2].

a. Liegt nach 284. 285 Verzug des Schuldners vor, so kann nach den allgemeinen Grundsätzen (286) der andere Theil Erfüllung und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung verlangen (286, Abs. 1). Nach gemeinem Recht beschränkten sich hierauf die Rechtsbehelfe. Nach dem BGB. (286, Abs. 2) kann aber der andere Theil auch noch Schadensersatz wegen Nichterfüllung, wenn die Leistung in Folge des Verzuges für ihn kein Interesse hat, verlangen.

---

[1] Das theilweise Rücktrittsrecht vertritt Stammler, a. a. O. S. 120 f. 130 f. 143, Note 4. 144. Vgl. Schollmeyer, S. 209.

[2] Besonderheit beim Kauf in 440.

Digitized by Google

b. Hat die Leistung in Folge des Verzuges kein Interesse mehr für den andern Theil, so kann er auch nach seiner Wahl vom Vertrage zurücktreten (326, Abs. 2). Im gemeinen Recht hätte ein Rücktrittsrecht durch Vertrag (lex commissoria) begründet werden müssen.

c. Schließlich kann der andere Theil dem im Verzuge Befindlichen eine angemessene Frist zur Bewirkung der Leistung mit der Erklärung setzen, daß er die Annahme nach Ablauf der Frist ablehne (326, Abs. 1). Die Ablehnungserklärung kann stillschweigend und ausdrücklich, vor und nach dem Eintritt des Verzuges an den Säumigen wirksam erfolgen (vgl. Bd. I, § 74. I. C. 3. 2).

α. Erfolgt dann die Leistung nicht innerhalb der Frist, so hat der andere Theil die Wahl zwischen Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt. Der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen. Ist die Ablehnung der Erfüllung ohne Setzung der Frist oder unter Setzung unbestimmter oder unangemessener Frist erfolgt, und erfüllt der säumige Theil nicht innerhalb angemessener Frist, so muß das gleiche Wahlrecht des Gläubigers anerkannt werden, obwohl das BGB. hiervon schweigt[1].

β. Erfolgt die Leistung nur theilweise nicht, so kann der andere Theil, wenn die Leistung im Ganzen für ihn kein Interesse mehr hat, die noch rückständige Theilzahlung ablehnen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit fordern oder den Rücktritt vom ganzen Geschäft wählen (280, Abs. 2).

γ. Hat aber der andere Theil bei nur theilweiser Leistung ein Interesse an der Theilleistung, nicht aber an der Restleistung, so kann er auch Schadensersatz wegen theilweiser Nichterfüllung, oder er kann theilweisen Rücktritt wählen.

d. Ist nur hinsichtlich eines Theiles der Leistung Verzug eingetreten (Theilverzug), so ist ebenso darauf zu sehen, ob der andere Theil noch Interesse an der Leistung im Ganzen hat oder nicht, oder ob er nur an Restleistung kein Interesse mehr hat.

e. Das gesetzliche Rücktrittsrecht steht unter den Vorschriften für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht. Erfolgt aber der Rücktritt wegen eines Umstandes, den der andere Theil nicht zu vertreten hat, so haftet dieser nur nach den Grundsätzen über die ungerecht-

[1] Dafür auf Grund der Praxis des alten HGB. Art. 354—357. | Cosack I S. 305. Dernburg II S. 213 ff.

Digitized by Google

fertigte Bereicherung (327). Hier ist an den Fall in 325, Abs. 2 zu denken[1].

2. Der Annahmeverzug.

a. War Zug um Zug zu leisten, so ändert der Annahmeverzug nichts an dem bisherigen Verhältniß der beiderseitigen Verpflichtungen. Der in Verzug Befindliche wird verurtheilt auf Leistung gegen Empfang der ihm geschuldeten Leistung. In der Zwangsvollstreckung aber kann der Kläger ohne Rücksicht auf die ihm obliegende Leistung die Leistung des in Annahmeverzug Befindlichen beitreiben (274, Abs. 2).

b. Hatte der Kläger vorzuleisten und hat er den andern Theil bereits in Verzug der Annahme gesetzt, so kann er dessen Verurtheilung auf Leistung gegen Empfang der Gegenleistung erreichen. Die Vollstreckung des Urtheiles kann er dann in derselben Weise (a) durchsetzen (222, Abs. 2. 3).

c. Ist eine der Parteien im Annahmeverzuge und wird während des Verzuges die der säumigen Partei geschuldete Gegenleistung durch Umstände unmöglich, die von der nichtsäumigen Partei nicht zu vertreten sind, so wird letztere von der Gegenleistung frei, während ihr der Anspruch gegen die säumige Partei verbleibt (324, Abs. 2).

E. Außerdem kann bei den gegenseitigen Verträgen sich der Einfluß der Rechtshängigkeit (291. 292), der rechtskräftigen Verurtheilung (283), der Charakter des Geschäftes als Fixgeschäft (361) geltend machen (vergl. Bd. I, §§ 80. 84). Tritt ferner ohne Schuld des Verpflichteten verspätete Erfüllung ein, so liegt ein richtiges Angebot nicht vor, der andere Theil kann die Annahme ablehnen. Es liegt hier ähnlich, als wenn die Leistung, die eben rechtzeitig nicht mehr erfolgen kann, zufällig unmöglich geworden wäre (323). Der Säumige verliert also den Anspruch auf die Gegenleistung (vgl. C. Z. 1)[2].

§ 87.

Verträge zu Lasten und zu Gunsten Dritter[3].

I. Vertrag zu Lasten eines Dritten.

Das vertragsmäßige Versprechen der Handlung eines Dritten

[1] So Planck, S. 106. Oertmann S. 74. Schollmeyer S. 214. A. M. Stammler S. 146.

[2] Vgl. Stammler a. a. O. S. 150 f.

[3] Materialien: M. II. S. 181 ff.

Digitized by Google

verpflichtet den Dritten, der nicht Erbe des Versprechenden ist, nicht, abgesehen natürlich vom Falle der Stellvertretung.

Der Versprechende selbst wird aber verpflichtet, entweder Alles zu thun, um den Dritten zur Vornahme der Handlung zu bewegen, oder dafür einstehen zu wollen, daß der Dritte die Handlung vornimmt. In dem letzteren Falle haftet der Schuldner auf Erfüllung bez. auf das Erfüllungsinteresse.

Auslegung hat zu ergeben, was im einzelnen Falle gewollt ist.

II. Vertrag zu Gunsten Dritter.

A. Läßt sich Jemand (Versprechensempfänger) in eigenem Namen von einem Andern (Schuldner) zu Gunsten eines am Vertrage Unbetheiligten (Dritter) eine Leistung versprechen, so handelt es sich um zwei Fragen:

1. Erwirbt der Versprechensempfänger gegen den Schuldner ein Forderungsrecht auf Leistung an den Dritten? Diese Frage ist auch dann zu bejahen, wenn eigenes Interesse des Versprechensempfängers fehlt. Es genügt, daß der Versprechensempfänger das Interesse des Dritten zu dem seinigen macht (vgl. Bd. I, § 73)[1].

---

265 ff. P. I. S. 426 f. 749, II, S. 472. 474 f., VI S. 157. D. 49 f.

Literatur: 1888: Bähr, Zur Beurtheilung, S. 60 ff. 1889: Derselbe, Arch. f. bürg. R. Bd. 2, S. 97 ff. Ring, Arch. f. bürg. R., Bd. 1, S. 202 ff. Laband, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 74, S. 39 ff. Gierke, Der Entwurf, S. 220 ff. Goldschmidt, Krit. Erörterungen, S. 91 ff. Meischeider, Beitr., H. 3, S. 26 ff. Seuffert, Beitr., H. 11, S. 70 ff. 1890: Jacoby, Annalen d. D. Reichs, S. 862, 878 f. Martinius, GA., S. 589 ff. Stolterfoth, Beitr., S. 25 ff. Bähr, Krit. VJSchr., Bd. 32, S. 196 ff. Heck, Arch. f. bürg. R., Bd. 4, S. 17 ff. 1892: Bähr, Gegenentwurf, S. 83 f. Grützmann, Sächs. Arch. Bd. 2 S. 761 f. Jakubezky, Bemerkungen S. 101 ff. 1894: Cretschmar, Arch. f. bürg. R., Bd. 82, S. 122 ff. 1895: Krasnopolski, Zeitschr. f. d. Priv. u. öff. R., Bd. 22, S. 577 ff. 1897: Pacchioni, I contrattia favore di terzi. Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse, S. 165 ff. Bunsen I, § 52. Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte, S. 545 ff. 1898: Otto, Sächs. Arch. Bd. 8, S. 710 ff. Stobbe-Lehmann III § 225. Leske, § 48. Kuhlenbeck, Von den Pandekten I §§ 25, 26. Weyl I, § 81. Goldmann-Lilienthal, S. 107 ff. 1899: Cosack I, § 97. Krückmann, § 40. v. Buchka, § 11. Endemann I, § 126. Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte. Hellmann, Krit. V. J. Schr. Bd. 41 S. 236 ff. Dernburg, Das Bürgerliche Recht II §§ 104—106.

[1] Außerhalb der hier behandelten Erscheinung liegen die Verträge, die auch im Interesse des Dritten geschlossen werden, aber ohne daß der Dritte ein Forderungsrecht bekommen soll (1940). Es ist aber auch in solchen Fällen ein Klagrecht Dritter nicht ausgeschlossen (525, Abs. 1. 2).

Digitized by Google

2. Erwirbt der Dritte ein Forderungsrecht gegen den Schuldner? Das römische Recht hat ein Forderungsrecht des Dritten in mehreren Fällen anerkannt, das gemeine und das moderne Recht haben weitere Fälle hinzugefügt. Ueber den Entstehungsgrund des Forderungsrechtes des Dritten bestand jedoch in der Theorie keine Einigkeit:

a. Eine Reihe von Theorieen geht davon aus, daß dem Dritten aus logischen Gründen ohne eine Willenserklärung seinerseits kein Forderungsrecht erworben werden könne (Stellvertretungstheorie, Acceptations- oder Beitrittstheorieen, Zessions- oder Ermächtigungstheorieen).

b. Andere erkennen an, daß anomalerweise die Vertragschließenden allein und unvermittelt ein Forderungsrecht des Dritten hervorrufen.

Dem Widerstreit in der Theorie entspricht die Behandlung des Institutes in der Gesetzgebung. Die Beitrittstheorie fand gesetzliche Anerkennung z. B. im A.L.R. Völlig uneingeschränkt und konsequent hat keines der neueren Gesetzgebungswerke die unter b bezeichnete Auffassung zur Geltung gebracht.

B. Nach dem BGB. erwächst dem Dritten unmittelbar aus dem Vertrage der Parteien ein selbständiges (nicht abgeleitetes) Forderungsrecht des Dritten gegen den Schuldner (328, Abs. 1). Entstehung, Inhalt, Fortbestand und Geltendmachung des Rechtes des Dritten hängen vom Willen des Vertragsschließenden durchaus ab, die besonderen Abmachungen, die begleitenden Umstände, der Zweck des Vertrages sind bei der Auslegung wie sonst maßgebend (328, Abs. 2).

Der Vertrag zu Gunsten Dritter scheint demnach gegen zwei Grundsätze zu verstoßen, zunächst gegen den Grundsatz, daß zur Begründung eines Schuldverhältnisses zwischen zwei Personen ein Vertrag erforderlich ist (305), sodann gegen den anderen Grundsatz, daß ein Vertrag nur Wirkungen unter den Vertragsparteien hervorruft (Grenzen der Vertragsfreiheit). Der erste Grundsatz ist allerdings durchbrochen, der zweite dagegen nicht. In dem Vertrage zu Gunsten Dritter sind zwei Verhältnisse zu unterscheiden: zunächst das Schuldverhältniß zwischen dem Schuldner und Versprechensempfänger. Dieses gründet sich lediglich auf den *Vertrag* und wird durch diesen bestimmt. Außerdem besteht ein Schuldverhältniß zwischen dem Schuldner und dem Dritten. Dieses entsteht aus der *einseitigen Erklärung* des Schuldners. Wir haben so einen Fall des einseitigen Schuldversprechens, der aber insofern eigenthümlich liegt, als das einseitige Schuldversprechen zugleich integrirender

Digitized by Google

Bestandtheil eines Schuldvertrages ist. Die einseitige Erklärung des Schuldners ist also kein bloßes Annex des Schuldvertrages: der Wille der Vertragsschließenden bestimmt auch den Inhalt der einseitigen Schuldnererklärung. Letztere, im Rahmen des Vertrages eine reine Vertragserklärung, wirkt zu Gunsten des Dritten als einseitiges Versprechen. Daraus folgt, daß der Dritte keinerlei Inhalt des einseitigen Versprechens geltendmachen kann, der nicht auch Inhalt des Vertrages wäre. Die Grenzen der Vertragsfreiheit sind nicht verletzt; denn der Vertrag als solcher giebt dem Dritten kein Recht, sondern das zum Gegenstand des Vertrages gemachte einseitige Schuldversprechen [1].

1. Die Entstehung des Forderungsrechtes des Dritten.

a. Der Dritte, der ein Forderungsrecht aus dem zu seinen Gunsten geschlossenen Vertrage ableitet, hat den Beweis zu erbringen, daß der Wille der Vertragschließenden darauf gerichtet war. Bleiben bei der Auslegung Zweifel, so ist gegen die Annahme eines Vertrages zu Gunsten Dritter zu entscheiden; erstreckt sich der Zweifel auf die Frage, ob Stellvertretung oder Vertrag zu Gunsten Dritter vorliegt, so ist Stellvertretung anzunehmen [2].

Das BGB. erleichtert die richterliche Würdigung des einzelnen Falles durch Auslegungsregeln:

α. Verpflichtet sich Jemand in einem Vertrage einem Schuldner, dessen Gläubiger zu befriedigen, ohne die Schuld zu übernehmen, so soll im Zweifel der Gläubiger kein Recht auf Befriedigung gegen den Versprechenden erhalten (329).

β. Für Vertrag zu Gunsten Dritter ist aber im Zweifel zu entscheiden bei Lebensversicherungs- und Leibrentenverträgen, wenn die Zahlung der Versicherungssumme oder der Leibrente an den Dritten bedungen ist, ferner bei unentgeltlichen Zuwendungen bez. der dem Bedachten zu Gunsten Dritter auferlegten Leistungen und bei Uebernahme eines Vermögens und bei Gutsübernahme bez. der

[1] Abweichend vertritt Stammler, a. a. O., S. 170 ff., eine gewisse materielle Selbständigkeit des einseitigen Schuldversprechens, das nur an die gewissermaßen formale Vorschrift gebunden sei, daß es innerhalb eines Vertrages abgegeben sein müsse. Gegen St. auch Hellwig, a. a. O. Oertmann S. 76 Z. 2. Schollmeyer S. 216, die aber die Annahme des einseitigen Versprechens überhaupt verwerfen.

[2] Vgl. Stammler, a. a. O., S. 169, Note 1.

Digitized by Google

zu Gunsten Dritter (Erb- oder Unterhaltsberechtigter) dem Uebernehmer auferlegten Abfindungen (330)[1].

b. Auch über den Zeitpunkt, in dem das Recht des Dritten zur Entstehung gelangen soll, entscheidet der Vertrag. Die Regel würde sein, daß mit dem Vertragsschluß auch das Recht des Dritten zur Entstehung gelangt. Durch Hinzufügung einer Befristung oder Bedingung kann aber stillschweigend oder ausdrücklich der Entstehungsmoment hinausgeschoben sein. Bis dahin besteht dann der Anspruch des Dritten als bedingter bez. befristeter. Ist der Dritte noch nicht geboren, so entsteht das Recht im Zweifel mit der Geburt (328, Abs. 2). Hier gilt eine besondere Auslegungsregel: soll der Dritte die Leistung erhalten nach dem Tode des Versprechensempfängers, so wird ihm das Recht auf die Leistung im Zweifel erst mit dem Tode des Versprechensempfängers erworben. Stirbt der Dritte vor dem Versprechensempfänger, so kommt in diesem Falle das Recht des Dritten nicht zur Entstehung (331, Abs. 1). Bei Erbabfindungen, bei Gutsüberlassungsverträgen wird man aber diese Auslegungsregel nicht immer anwenden dürfen. Nach der Absicht der Parteien wird in diesen Fällen regelmäßig das Recht des Dritten auf seine Erben übergehen[2].

2. Ueber Inhalt und Fortbestand des Rechtes des Dritten entscheidet ebenfalls der Vertrag (328, Abs. 2). Das Recht des Dritten kann also an eine Befristung oder Bedingung geknüpft sein. Dem Dritten kann auch eine Gegenleistung an den Schuldner auferlegt sein, so daß er das Recht nur unter Anerkennung der Last geltend machen kann.

a. Ist das Recht des Dritten auch als bedingtes oder betagtes noch nicht zur Entstehung gelangt, so können die Parteien dasselbe aufheben oder abändern. Eine Vertragsbestimmung, welche die Freiheit der Vertragschließenden in dieser Hinsicht aufzuheben bestimmt ist, wäre nichtig. Auch wenn der Dritte eine noch ungeborene Person ist, ist diese Selbstbeschränkung ausgeschlossen. Hier gilt nur eine Ausnahme: stirbt der Versprechensempfänger vor der Geburt des Dritten, also vor der Entstehung des Rechtes des Dritten, so können die Erben des Versprechensempfängers durch Vertrag mit dem Schuldner das Recht des Dritten nicht mehr aufheben oder ändern.

---

[1] Hinzu tritt der Fall des HGB. § 435. Vgl. Hellwig, a. a. O. S. 152.

[2] So Dernburg, a. a. O. S. 236. Oertmann zu 331 gegen Hellwig a. a. O. S. 217. Planck zu 331 Z. 1.

Digitized by Google

keine Anwendung, wenn durch Annahme der Theilleistung das Schuldverhältniß selbst getheilt ist. Das Verweigerungsrecht steht dann in Betreff des verhältnißmäßigen Theiles der Gegenleistung überhaupt nicht zu[1].

c. Das Verweigerungsrecht unterscheidet sich dadurch wesentlich von dem Zurückbehaltungsrecht, daß ersteres nicht durch Sicherheitsleistung abgewendet werden kann (vgl. 273, Abs. 3 mit 320, Abs. 1).

3. Aus dem gegenseitigen Vertrage kann der Gläubiger zwar unter Berücksichtigung des Gegenrechtes, d. h. auf Leistung Zug um Zug, er kann aber auch auf Leistung schlechthin klagen, da ihm eben dieser Anspruch zusteht. Es gehört nicht zur Klagbegründung, daß der Kläger vorgeleistet habe oder zur Erfüllung bereit sei. Wird das Gegenrecht vom Beklagten geltend gemacht, so erfolgt die Verurtheilung auf Leistung Zug um Zug. Die Zwangsvollstreckung aus solchem Urtheil kann der Kläger nur betreiben, wenn er die ihm obliegende Leistung bewirkt oder den Gegner in Annahmeverzug gesetzt hat (vgl. CPO. §§ 726 Abs. 2, 756. 765).

4. Erhebt der Gläubiger aus dem gegenseitigen Vertrage Klage auf die geschuldete Leistung, so muß der in Anspruch Genommene sich auf sein Verweigerungsrecht berufen, sonst würde Verurtheilung gemäß dem Klagantrage eintreten, wenn nicht sonstige wirksame Vertheidigung vorliegt. Die Thatsache der Vorleistung des Klägers bez. der Vorleistungspflicht des Beklagten gehört nicht zum Klaggrunde. — Macht der Beklagte sein Verweigerungsrecht geltend, so muß der Kläger seinerseits die vollständige Erfüllung behaupten, wenn er die Einrede des Beklagten entkräften will (replica solutionis). Je nachdem vom Kläger die Erfüllung bewiesen wird oder nicht, würde, die Wahrheit der Einrede vorausgesetzt, Verurtheilung zur Leistung oder zur Leistung Zug um Zug erfolgen. Würde der Kläger die Erfüllung überhaupt nicht behaupten, weder in der Klage noch später, so erfolgt Verurtheilung zur Leistung Zug um Zug, niemals Abweisung der Klage (322, Abs. 1).

Den Beweis der Erfüllung hat der Kläger zu erbringen; denn der Beklagte beruft sich in der Einrede auf den Bestand einer Verpflichtung auch des Klägers, die nach der Vertragsabsicht den Kläger verhindere, Erfüllung vom Beklagten zu verlangen. Beklagter hat daher nur den Bestand dieser Verpflichtung des Klägers zu beweisen.

5. Hat der eine Theil eine ihm als Erfüllung angebotene Leistung

[1] Oertmann zu 320, Z. 7. Dernburg a. a. O. S. 205, Note 2.

Digitized by Google

als Erfüllung angenommen, so steht ihm auch jetzt noch als Beklagtem das Verweigerungsrecht zu (Z. 2, exceptio non rite adimpleti contractus). Es hat aber der Beklagte in diesem Falle den Beweis zu liefern, daß Erfüllung nicht vorliege; der Kläger hat nur den Beweis des Angebotes und der Annahme als Erfüllung zu erbringen (363). Behauptet der Beklagte, daß das von ihm als Erfüllung Angenommene nicht Erfüllung sei, so wird auch hier die Schranke 320, Abs. 2 (Z. 2b.) zu beachten sein.

6. Behauptet der Beklagte, daß der Kläger vorleistungspflichtig sei, so hat er die Vorleistungspflicht zu beweisen. Besteht die Vorleistungspflicht, so wird der Kläger abgewiesen. Wird der aus dem gegenseitigen Vertrage zur Vorleistung Verpflichtete auf Erfüllung belangt, so hat er ein Verweigerungsrecht (Z. 2) nur unter ganz besonderen Voraussetzungen (clausula rebus sic stantibus)[1].

a. Es müssen *nach* dem Abschlusse des gegenseitigen Vertrages in den Vermögensverhältnissen des andern Theiles wesentliche Verschlechterungen *eingetreten* sein,

b. durch welche der Anspruch auf die Gegenleistung gefährdet wird.

Dieses Verweigerungsrecht hat außerdem die Eigenthümlichkeit, daß seine Ausübung durch Sicherheitsleistung abgewendet werden kann (321).

C. *Der Einfluß der nachfolgenden Unmöglichkeit der Leistung*, welcher wie sonst das Unvermögen des Schuldners, von Gattungsschulden abgesehen, gleichsteht. Während das römische Recht in dieser Frage Kauf und verwandte Verträge einerseits und die Miethsverträge andrerseits verschieden behandelt, stellt das BGB. (wie ALR.) zunächst einheitliche Grundsätze für alle gegenseitigen Verträge auf. Es kommt hier die gegenseitige Abhängigkeit der Ansprüche zum stärkeren Ausdruck, jedoch sind verschiedene Möglichkeiten auseinanderzuhalten:

1. Die Unmöglichkeit ist eine weder vom einen noch vom andern Theile verschuldete, also zufällige.

a. Der Schuldner wird befreit (275), sobald *gänzliche Unmöglichkeit vorliegt*, hat aber auch kein Recht auf die Gegenleistung. Der zur Gegenleistung Verpflichtete behält also das Verweigerungsrecht, und der Schuldner trägt die Gefahr bis zur Er-

[1] Vgl. *Fritze*, Arch. f. bürgerl. Recht. Bd. 17 (1899) S. 46.

Digitized by Google

füllung. Anwendung in **446** (Kauf) und **644** (Werkvertrag) (**323**, Abs. 1)[1].

b. Wird die Leistung nur *theilweise unmöglich*, so mindert sich die Gegenleistung in derselben Weise wie ein Kaufpreis wegen Mängel der Waare (**472. 473**, vgl. Bd. I, § 106).

c. Ist dem durch die zufällige Unmöglichkeit Befreiten *Ersatz* für den geschuldeten Gegenstand zugegangen oder hat er einen *Ersatzanspruch*, so kann nach § 281 der Gegner die Herausgabe bez. Abtretung verlangen, bleibt dann aber zur Gegenleistung verpflichtet. Insoweit aber als der Werth des Ersatzes oder Ersatzanspruches hinter dem Werthe der geschuldeten Leistung zurückbleibt, tritt verhältnißmäßige Minderung der Gegenleistung nach **472. 473** (a) ein. Selbstverständlich muß der möglich gebliebene Theil der Leistung noch von solcher Bedeutung sein, daß er als Theil betrachtet werden kann, sonst wäre der Fall der gänzlichen Unmöglichkeit gegeben (**323**, Abs. 2).

d. Ist im Falle der gänzlichen oder theilweisen Unmöglichkeit der Leistung die Gegenleistung über das Maß Dessen, was geschuldet wurde, erbracht, so tritt Rückforderung wegen ungerechtigter Bereicherung ein (**323**, Abs. 3).

2. Die Unmöglichkeit der dem *einen Theile* obliegenden Leistung ist von dem *andern Theile* verschuldet. Der Verpflichtete wird hier selbstverständlich befreit (**275**), behält aber den Anspruch auf die Gegenleistung des andern Theiles. Da die Gegenleistung immer im Austausch gegen die andere Leistung erfolgen soll, so muß sich der von dieser befreite Schuldner anrechnen lassen, was er in Folge der Befreiung z. B. an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt. Der andere Theil hat also ein Abzugsrecht gegenüber dem Anspruche auf die Gegenleistung, er hat keine Forderung auf diese Beträge. Rückforderung tritt ein, wenn die Gegenleistung ohne Abzug erbracht ist. Den Gläubiger trifft der Beweis bez. des Abzuges in allen Fällen (**324**, Abs. 1).

3. Die Unmöglichkeit der dem *einen* Theile obliegenden Leistung ist *von* dem Verpflichteten selbst verschuldet.

a. Der andere Theil hat hier zunächst die Rechte, die sich im Falle zufälliger Unmöglichkeit aus Z. 1 ergeben (**323**), da er im Falle der Verschuldung seitens des anderen Theiles nicht schlechter gestellt sein kann als im Falle der zufälligen Unmöglichkeit. Er hat

[1] Besonderheit in **616** (Dienstvertrag).

Digitized by Google

also das Verweigerungsrecht, den Anspruch auf das Surrogat und den Bereicherungsanspruch und im Falle der nur theilweisen Unmöglichkeit den Anspruch auf Minderung (325, Abs. 1).

b. Dem andern Theile stehen aber noch weitere Rechte in diesem Falle zu, nämlich: der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung und das Rücktrittsrecht. Doch ist zu unterscheiden:

α. Ist die Leistung des einen Theiles gänzlich unmöglich geworden, so hat der andere Theil die Wahl, ob er Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern oder vom Vertrage zurücktreten will (325, Abs. 1, Satz 1). Fordert er Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so hat er die ihm obliegende Gegenleistung Zug um Zug zu erfüllen.

β. Ist die Leistung nur theilweise unmöglich geworden, so kann der andere Theil die noch mögliche Theilleistung annehmen und wegen des unmöglich Gewordenen Schadensersatz wegen theilweiser Nichterfüllung fordern, oder er kann von dem Vertrage zum Theile zurücktreten[1]. Hat aber die theilweise Leistung für ihn kein Interesse mehr, so kann er entweder nach 280, Abs. 2 Schadensersatz wegen gänzlicher Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrage gänzlich zurücktreten (325, Abs. 1).

γ. Ist der eine Theil bereits rechtskräftig verurtheilt und hat der andere Theil ihm eine Frist zur Erfüllung nach 283 gesetzt, so hat der andere Theil, wenn die Frist verstreicht und die Leistung ganz ausbleibt, die Rechte nach α, wenn sie nur theilweise erfolgt nach β (325, Abs. 2).

c. Das gesetzliche Rücktrittsrecht steht unter den Vorschriften für das vertragsmäßige (327).

D. Der Einfluß des Verzuges.

1. Der Leistungsverzug[2].

a. Liegt nach 284. 285 Verzug des Schuldners vor, so kann nach den allgemeinen Grundsätzen (286) der andere Theil Erfüllung und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung verlangen (286, Abs. 1). Nach gemeinem Recht beschränkten sich hierauf die Rechtsbehelfe. Nach dem BGB. (286, Abs. 2) kann aber der andere Theil auch noch Schadensersatz wegen Nichterfüllung, wenn die Leistung in Folge des Verzuges für ihn kein Interesse hat, verlangen.

---

[1] Das theilweise Rücktrittsrecht vertritt Stammler, a. a. O. S. 120 f. 130 f. 143, Note 4. 144. Vgl. Schollmeyer, S. 209.

[2] Besonderheit beim Kauf in 440.

Digitized by Google

b. Hat die Leistung in Folge des Verzuges kein Interesse mehr für den andern Theil, so kann er auch nach seiner Wahl vom Vertrage zurücktreten (326, Abs. 2). Im gemeinen Recht hätte ein Rücktrittsrecht durch Vertrag (lex commissoria) begründet werden müssen.

c. Schließlich kann der andere Theil dem im Verzuge Befindlichen eine angemessene Frist zur Bewirkung der Leistung mit der Erklärung setzen, daß er die Annahme nach Ablauf der Frist ablehne (326, Abs. 1). Die Ablehnungserklärung kann stillschweigend und ausdrücklich, vor und nach dem Eintritt des Verzuges an den Säumigen wirksam erfolgen (vgl. Bd. I, § 74. I. C. 3. 2).

α. Erfolgt dann die Leistung nicht innerhalb der Frist, so hat der andere Theil die Wahl zwischen Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt. Der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen. Ist die Ablehnung der Erfüllung ohne Setzung der Frist oder unter Setzung unbestimmter oder unangemessener Frist erfolgt, und erfüllt der säumige Theil nicht innerhalb angemessener Frist, so muß das gleiche Wahlrecht des Gläubigers anerkannt werden, obwohl das BGB. hiervon schweigt[1].

β. Erfolgt die Leistung nur theilweise nicht, so kann der andere Theil, wenn die Leistung im Ganzen für ihn kein Interesse mehr hat, die noch rückständige Theilzahlung ablehnen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit fordern oder den Rücktritt vom ganzen Geschäft wählen (280, Abs. 2).

γ. Hat aber der andere Theil bei nur theilweiser Leistung ein Interesse an der Theilleistung, nicht aber an der Restleistung, so kann er auch Schadensersatz wegen theilweiser Nichterfüllung, oder er kann theilweisen Rücktritt wählen.

d. Ist nur hinsichtlich eines Theiles der Leistung Verzug eingetreten (Theilverzug), so ist ebenso darauf zu sehen, ob der andere Theil noch Interesse an der Leistung im Ganzen hat oder nicht, oder ob er nur an Restleistung kein Interesse mehr hat.

e. Das gesetzliche Rücktrittsrecht steht unter den Vorschriften für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht. Erfolgt aber der Rücktritt wegen eines Umstandes, den der andere Theil nicht zu vertreten hat, so haftet dieser nur nach den Grundsätzen über die ungerecht-

[1] Dafür auf Grund der Praxis des alten HGB. Art. 354—357. Cosack I S. 305. Dernburg II S. 213 ff.

Digitized by Google

fertigte Bereicherung (327). Hier ist an den Fall in 325, Abs. 2 zu denken[1].

2. Der Annahmeverzug.

a. War Zug um Zug zu leisten, so ändert der Annahmeverzug nichts an dem bisherigen Verhältniß der beiderseitigen Verpflichtungen. Der in Verzug Befindliche wird verurtheilt auf Leistung gegen Empfang der ihm geschuldeten Leistung. In der Zwangsvollstreckung aber kann der Kläger ohne Rücksicht auf die ihm obliegende Leistung die Leistung des in Annahmeverzug Befindlichen beitreiben (274, Abs. 2).

b. Hatte der Kläger vorzuleisten und hat er den andern Theil bereits in Verzug der Annahme gesetzt, so kann er dessen Verurtheilung auf Leistung gegen Empfang der Gegenleistung erreichen. Die Vollstreckung des Urtheiles kann er dann in derselben Weise (a) durchsetzen (222, Abs. 2. 3).

c. Ist eine der Parteien im Annahmeverzuge und wird während des Verzuges die der säumigen Partei geschuldete Gegenleistung durch Umstände unmöglich, die von der nichtsäumigen Partei nicht zu vertreten sind, so wird letztere von der Gegenleistung frei, während ihr der Anspruch gegen die säumige Partei verbleibt (324, Abs. 2).

E. Außerdem kann bei den gegenseitigen Verträgen sich der Einfluß der Rechtshängigkeit (291. 292), der rechtskräftigen Verurtheilung (283), der Charakter des Geschäftes als Fixgeschäft (361) geltend machen (vergl. Bd. I, §§ 80. 84). Tritt ferner ohne Schuld des Verpflichteten verspätete Erfüllung ein, so liegt ein richtiges Angebot nicht vor, der andere Theil kann die Annahme ablehnen. Es liegt hier ähnlich, als wenn die Leistung, die eben rechtzeitig nicht mehr erfolgen kann, zufällig unmöglich geworden wäre (323). Der Säumige verliert also den Anspruch auf die Gegenleistung (vgl. C. Z. 1)[2].

§ 87.

Verträge zu Lasten und zu Gunsten Dritter[3].

I. Vertrag zu Lasten eines Dritten.

Das vertragsmäßige Versprechen der Handlung eines Dritten

[1] So Planck, S. 106. Oertmann S. 74. Schollmeyer S. 214. A. M. Stammler S. 146.

[2] Vgl. Stammler a. a. O. S. 150 f.

[3] Materialien: M. II. S. 181 ff.

Digitized by Google

verpflichtet den Dritten, der nicht Erbe des Versprechenden ist, nicht, abgesehen natürlich vom Falle der Stellvertretung.

Der Versprechende selbst wird aber verpflichtet, entweder Alles zu thun, um den Dritten zur Vornahme der Handlung zu bewegen, oder dafür einstehen zu wollen, daß der Dritte die Handlung vornimmt. In dem letzteren Falle haftet der Schuldner auf Erfüllung bez. auf das Erfüllungsinteresse.

Auslegung hat zu ergeben, was im einzelnen Falle gewollt ist.

II. Vertrag zu Gunsten Dritter.

A. Läßt sich Jemand (Versprechensempfänger) in eigenem Namen von einem Andern (Schuldner) zu Gunsten eines am Vertrage Unbetheiligten (Dritter) eine Leistung versprechen, so handelt es sich um zwei Fragen:

1. Erwirbt der Versprechensempfänger gegen den Schuldner ein Forderungsrecht auf Leistung an den Dritten? Diese Frage ist auch dann zu bejahen, wenn eigenes Interesse des Versprechensempfängers fehlt. Es genügt, daß der Versprechensempfänger das Interesse des Dritten zu dem seinigen macht (vgl. Bd. I, § 73)[1].

---

265 ff. P. I. S. 426 f. 749, II, S. 472. 474 f., VI S. 157. D. 49 f.

Literatur: 1888: Bähr, Zur Beurtheilung, S. 60 ff. 1889: Derselbe, Arch. f. bürg. R. Bd. 2, S. 97 ff. Ring, Arch. f. bürg. R., Bd. 1, S. 202 ff. Laband, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 74, S. 39 ff. Gierke, Der Entwurf, S. 220 ff. Goldschmidt, Krit. Erörterungen, S. 91 ff. Meischeider, Beitr., H. 3, S. 26 ff. Seuffert, Beitr., H. 11, S. 70 ff. 1890: Jacoby, Annalen d. D. Reichs, S. 862, 878 f. Martinius, GA., S. 589 ff. Stolterfoth, Beitr., S. 25 ff. Bähr, Krit. VJSchr., Bd. 32, S. 196 ff. Heck, Arch. f. bürg. R., Bd. 4, S. 17 ff. 1892: Bähr, Gegenentwurf, S. 83 f. Grützmann, Sächs. Arch. Bd. 2 S. 761 f. Jakubezky, Bemerkungen S. 101 ff. 1894: Cretschmar, Arch. f. bürg. R., Bd. 82, S. 122 ff. 1895: Krasnopolski, Zeitschr. f. d. Priv. u. öff. R., Bd. 22, S. 577 ff. 1897: Pacchioni, I contrattia favore di terzi. Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse, S. 165 ff. Bunsen I, § 52. Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte, S. 545 ff. 1898: Otto, Sächs. Arch. Bd. 8, S. 710 ff. Stobbe-Lehmann III § 225. Leske, § 48. Kuhlenbeck, Von den Pandekten I §§ 25, 26. Weyl I, § 81. Goldmann-Lilienthal, S. 107 ff. 1899: Cosack I, § 97. Krückmann, § 40. v. Buchka, § 11. Endemann I, § 126. Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte. Hellmann, Krit. V. J. Schr. Bd. 41 S. 236 ff. Dernburg, Das Bürgerliche Recht II §§ 104—106.

[1] Außerhalb der hier behandelten Erscheinung liegen die Verträge, die auch im Interesse des Dritten geschlossen werden, aber ohne daß der Dritte ein Forderungsrecht bekommen soll (1940). Es ist aber auch in solchen Fällen ein Klagrecht Dritter nicht ausgeschlossen (525, Abs. 1. 2).

Digitized by Google

2. Erwirbt der Dritte ein Forderungsrecht gegen den Schuldner? Das römische Recht hat ein Forderungsrecht des Dritten in mehreren Fällen anerkannt, das gemeine und das moderne Recht haben weitere Fälle hinzugefügt. Ueber den Entstehungsgrund des Forderungsrechtes des Dritten bestand jedoch in der Theorie keine Einigkeit:

a. Eine Reihe von Theorieen geht davon aus, daß dem Dritten aus logischen Gründen ohne eine Willenserklärung seinerseits kein Forderungsrecht erworben werden könne (Stellvertretungstheorie, Acceptations- oder Beitrittstheorieen, Zessions- oder Ermächtigungstheorieen).

b. Andere erkennen an, daß anomalerweise die Vertragschließenden allein und unvermittelt ein Forderungsrecht des Dritten hervorrufen.

Dem Widerstreit in der Theorie entspricht die Behandlung des Institutes in der Gesetzgebung. Die Beitrittstheorie fand gesetzliche Anerkennung z. B. im A.L.R. Völlig uneingeschränkt und konsequent hat keines der neueren Gesetzgebungswerke die unter b bezeichnete Auffassung zur Geltung gebracht.

B. Nach dem BGB. erwächst dem Dritten unmittelbar aus dem Vertrage der Parteien ein selbständiges (nicht abgeleitetes) Forderungsrecht des Dritten gegen den Schuldner (328, Abs. 1). Entstehung, Inhalt, Fortbestand und Geltendmachung des Rechtes des Dritten hängen vom Willen des Vertragsschließenden durchaus ab, die besonderen Abmachungen, die begleitenden Umstände, der Zweck des Vertrages sind bei der Auslegung wie sonst maßgebend (328, Abs. 2).

Der Vertrag zu Gunsten Dritter scheint demnach gegen zwei Grundsätze zu verstoßen, zunächst gegen den Grundsatz, daß zur Begründung eines Schuldverhältnisses zwischen zwei Personen ein Vertrag erforderlich ist (305), sodann gegen den anderen Grundsatz, daß ein Vertrag nur Wirkungen unter den Vertragsparteien hervorruft (Grenzen der Vertragsfreiheit). Der erste Grundsatz ist allerdings durchbrochen, der zweite dagegen nicht. In dem Vertrage zu Gunsten Dritter sind zwei Verhältnisse zu unterscheiden: zunächst das Schuldverhältniß zwischen dem Schuldner und Versprechensempfänger. Dieses gründet sich lediglich auf den *Vertrag* und wird durch diesen bestimmt. Außerdem besteht ein Schuldverhältniß zwischen dem Schuldner und dem Dritten. Dieses entsteht aus der *einseitigen Erklärung* des Schuldners. Wir haben so einen Fall des einseitigen Schuldversprechens, der aber insofern eigenthümlich liegt, als das einseitige Schuldversprechen zugleich integrirender

Digitized by Google

Bestandtheil eines Schuldvertrages ist. Die einseitige Erklärung des Schuldners ist also kein bloßes Annex des Schuldvertrages: der Wille der Vertragsschließenden bestimmt auch den Inhalt der einseitigen Schuldnererklärung. Letztere, im Rahmen des Vertrages eine reine Vertragserklärung, wirkt zu Gunsten des Dritten als einseitiges Versprechen. Daraus folgt, daß der Dritte keinerlei Inhalt des einseitigen Versprechens geltendmachen kann, der nicht auch Inhalt des Vertrages wäre. Die Grenzen der Vertragsfreiheit sind nicht verletzt; denn der Vertrag als solcher giebt dem Dritten kein Recht, sondern das zum Gegenstand des Vertrages gemachte einseitige Schuldversprechen [1].

1. Die Entstehung des Forderungsrechtes des Dritten.

a. Der Dritte, der ein Forderungsrecht aus dem zu seinen Gunsten geschlossenen Vertrage ableitet, hat den Beweis zu erbringen, daß der Wille der Vertragschließenden darauf gerichtet war. Bleiben bei der Auslegung Zweifel, so ist gegen die Annahme eines Vertrages zu Gunsten Dritter zu entscheiden; erstreckt sich der Zweifel auf die Frage, ob Stellvertretung oder Vertrag zu Gunsten Dritter vorliegt, so ist Stellvertretung anzunehmen [2].

Das BGB. erleichtert die richterliche Würdigung des einzelnen Falles durch Auslegungsregeln:

α. Verpflichtet sich Jemand in einem Vertrage einem Schuldner, dessen Gläubiger zu befriedigen, ohne die Schuld zu übernehmen, so soll im Zweifel der Gläubiger kein Recht auf Befriedigung gegen den Versprechenden erhalten (329).

β. Für Vertrag zu Gunsten Dritter ist aber im Zweifel zu entscheiden bei Lebensversicherungs- und Leibrentenverträgen, wenn die Zahlung der Versicherungssumme oder der Leibrente an den Dritten bedungen ist, ferner bei unentgeltlichen Zuwendungen bez. der dem Bedachten zu Gunsten Dritter auferlegten Leistungen und bei Uebernahme eines Vermögens und bei Gutsübernahme bez. der

[1] Abweichend vertritt Stammler, a. a. O., S. 170 ff., eine gewisse materielle Selbständigkeit des einseitigen Schuldversprechens, das nur an die gewissermaßen formale Vorschrift gebunden sei, daß es innerhalb eines Vertrages abgegeben sein müsse. Gegen St. auch Hellwig, a. a. O. Oertmann S. 76 Z. 2. Schollmeyer S. 216, die aber die Annahme des einseitigen Versprechens überhaupt verwerfen.

[2] Vgl. Stammler, a. a. O., S. 169, Note 1.

Digitized by Google

zu Gunsten Dritter (Erb- oder Unterhaltsberechtigter) dem Uebernehmer auferlegten Abfindungen (330)[1].

b. Auch über den Zeitpunkt, in dem das Recht des Dritten zur Entstehung gelangen soll, entscheidet der Vertrag. Die Regel würde sein, daß mit dem Vertragsschluß auch das Recht des Dritten zur Entstehung gelangt. Durch Hinzufügung einer Befristung oder Bedingung kann aber stillschweigend oder ausdrücklich der Entstehungsmoment hinausgeschoben sein. Bis dahin besteht dann der Anspruch des Dritten als bedingter bez. befristeter. Ist der Dritte noch nicht geboren, so entsteht das Recht im Zweifel mit der Geburt (328, Abs. 2). Hier gilt eine besondere Auslegungsregel: soll der Dritte die Leistung erhalten nach dem Tode des Versprechensempfängers, so wird ihm das Recht auf die Leistung im Zweifel erst mit dem Tode des Versprechensempfängers erworben. Stirbt der Dritte vor dem Versprechensempfänger, so kommt in diesem Falle das Recht des Dritten nicht zur Entstehung (331, Abs. 1). Bei Erbabfindungen, bei Gutsüberlassungsverträgen wird man aber diese Auslegungsregel nicht immer anwenden dürfen. Nach der Absicht der Parteien wird in diesen Fällen regelmäßig das Recht des Dritten auf seine Erben übergehen[2].

2. Ueber Inhalt und Fortbestand des Rechtes des Dritten entscheidet ebenfalls der Vertrag (328, Abs. 2). Das Recht des Dritten kann also an eine Befristung oder Bedingung geknüpft sein. Dem Dritten kann auch eine Gegenleistung an den Schuldner auferlegt sein, so daß er das Recht nur unter Anerkennung der Last geltend machen kann.

a. Ist das Recht des Dritten auch als bedingtes oder betagtes noch nicht zur Entstehung gelangt, so können die Parteien dasselbe aufheben oder abändern. Eine Vertragsbestimmung, welche die Freiheit der Vertragschließenden in dieser Hinsicht aufzuheben bestimmt ist, wäre nichtig. Auch wenn der Dritte eine noch ungeborene Person ist, ist diese Selbstbeschränkung ausgeschlossen. Hier gilt nur eine Ausnahme: stirbt der Versprechensempfänger vor der Geburt des Dritten, also vor der Entstehung des Rechtes des Dritten, so können die Erben des Versprechensempfängers durch Vertrag mit dem Schuldner das Recht des Dritten nicht mehr aufheben oder ändern.

[1] Hinzu tritt der Fall des HGB. § 435. Vgl. Hellwig, a. a. O. S. 152.

[2] So Dernburg, a. a. O. S. 236. Oertmann zu 331 gegen Hellwig a. a. O. S. 217. Planck zu 331 Z. 1.

Digitized by Google

2. Kapitel.

Bestärkung und Abschwächung der Schuldverhältnisse.

§ 88.

1. Die Daraufgabe[1].

Eine Daraufgabe (Arrha, Handgeld, Haftgeld, Daraufgeld, Angeld) kann erfolgen mit Rücksicht auf einen erst abzuschließenden Vertrag. Das Gesetz regelt diesen Fall nicht. Derjenige, der sich weigert, den Vertrag zu schließen, würde die von ihm gegebene arrha verlieren[2]. Dagegen regelt das BGB. den Fall der Daraufgabe bei oder nach[3] Eingehung des Vertrages.

I. Die Daraufgabe, die bei Eingehung des Vertrages gegeben wird, hat, wie vorzugsweise auch im römischen Recht, die Bedeutung eines Zeichens des Vertragsabschlusses (336, Abs. 1).

A. Wird daher der Vertrag erfüllt, so muß die Daraufgabe dem Geber auf seine Leistung angerechnet oder, wenn das nicht möglich ist, an den Geber bei Erfüllung zurückerstattet werden (337, Abs. 1). Es kann aber auch die Absicht dahin gehen, daß die Daraufgabe Zugabe zur Vertragsleistung sein soll (wie z. B. öfters bei Gesindedienstverträgen[4]).

B. Ist der Vertrag nichtig oder wird er hinterher durch Uebereinkunft der Parteien oder durch sonstige Gründe (Rücktritt) wieder aufgehoben, so ist die Daraufgabe zurückzugeben (337, Abs. 2. 139). Eine Ausnahme ergiebt sich nach 817 (turpis causa für Geber und Empfänger[5]).

---

[1] Materialien: M. II. S. 273 ff. P. I. S. 769 ff.

Litteratur: 1889: Laband, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 74, S. 45. Kuntze, Betrachtungen, S. 20 ff. 1892: Bähr, Gegenentwurf, S. 84. Grützmann, Sächs. Arch., Bd. 2, S. 762 f. Jakubezky, Bemerkungen S. 105. 1894: Cretschmar, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 82, S. 125 f. 1897: Stammler, D. Recht der Schuldverhältnisse, S. 164. Bunsen I, § 53. 1898: Leske, § 49. Otto, Sächs. Arch. Bd. 8, S. 712 f. Stobbe-Lehmann III, § 218. Weyl I, § 82. Goldmann-Lilienthal, S. 133 f. 1899: Cosack I, § 94. Krückmann, § 45. v. Buchka, § 11. Endemann I, § 107. Dernburg, Das bürgerliche Recht II, § 90.

[2] Die Hingabe eines Angeldes gehört nach Partikularrecht auch zur Form der Gesindeverträge. Diese Bestimmungen bleiben erhalten. EG. Art. 95.

[3] Vgl. Schollmeyer S. 237. A. M. Endemann I, § 107;

[4] Vgl. z. B. Bayer. AG. z. BGB. Art. 18.

[5] Vgl. Collatz, Ungerechtfertigte Vermögensverschiebung (1899) S. 36 ff.

Digitized by Google

C. Hat der Geber die Unmöglichkeit der Erfüllung seiner Verpflichtung oder die Wiederaufhebung des Vertrages (Rücktritt) verschuldet, so kann der Empfänger die Daraufgabe behalten, wenn er vom Rücktrittsrechte z. B. wegen Verzuges des Gebers Gebrauch macht. Die Daraufgabe verfolgt also auch Strafzweck. Verlangt der Empfänger aber Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so ist im Zweifel die Daraufgabe anzurechnen bez. zurückzugeben, sobald der Schadensersatz geleistet wird (338). Anders läge es bei einer reinen Anzahlung. Hat dagegen der Empfänger der Daraufgabe die Wiederaufhebung des Vertrages oder die Unmöglichkeit der Leistung verschuldet, so bestimmt sich seine Rückgabepflicht nach allgemeinen Grundsätzen.

II. Die Daraufgabe kann auch den Charakter des Reugeldes tragen. Darüber vgl. Bd. I, § 91.

§ 89.

2. Die Vertragsstrafe[1].

I. Das Versprechen einer Vertragsstrafe (Konventionalstrafe) besteht in der vertragsmäßigen Uebernahme einer weiteren Leistung seitens eines Schuldners für den Fall, daß er einer sonst für ihn begründeten Verbindlichkeit nicht oder nicht gehörig nachkommt. Die

[1] Materialien: M. I. S. 218. 220; II. S. 275 ff; IV. S. 3. P. I. S. 332. 422. IV. S. 9. VI, S. 157. 775 f. D. S. 50 f.

Litteratur: 1888: Bähr, Zur Beurtheilung, S. 64. Hartmann, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 73, S. 375 ff. 1889: Sprenger, Gruch. Beitr., Bd. 33, S. 638 ff. Gierke, Der Entwurf, S. 222. Derselbe, Die sociale Aufgabe des Priv.-R. (Vortr.), S. 30. Laband, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 74, S. 46. Seuffert, Beitr., H. 11, S. 72. Koffka, Jur. Tag 20, Bd. 2, S. 3 ff. 18 ff. Simon, ebenda, S. 43 ff. Jur. Tag 20, Bd. 4, S. 60 ff. 420 ff. Planck, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 75, S. 411. Verhandlungen des Pr. Landes-Ök.-Koll., S. 219. 254 ff. 505 ff. 899. Klöppel, Gruch. Beitr., Bd. 33, S. 842 ff. 1890: Jacoby, Annalen d. d. Reichs, S. 881 f. 1892: Jakubezky, Bemerkungen, S. 105 ff. Bähr, Gegenentwurf, S. 84 f. Grützmann, Sächs. Arch., Bd. 2, S. 763 ff. 1894: Cretschmar, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 82, S. 126 ff. 1896: Meisner, Krit. Bemerkungen, S. 77 ff. 1897: Specka, Die Konventionalstrafe als Interessenschutz. Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse, S. 159 ff. Bunsen I, § 53. 1898: Otto, Sächs. Arch. Bd. 8, S. 713 ff. Stobbe-Lehmann III, § 218. Weyl I, § 82. Leske, § 49. Goldmann-Lilienthal, S. 146 ff. 1899: Kuhlenbeck, Von den Pandekten II, § 16. Cosack I, § 93. Krückmann, § 45. v. Buchka, § 11. Endemann I, § 133. Fuld, Sächs. Arch. Bd. 9. S. 337 ff. Dernburg, Das bürgerliche Recht II, §§ 100—103.

Digitized by Google

Vertragsstrafe hat also die Funktion eines Verstärkungsmittels, sie dient aber auch, die Höhe des Interesses des Gläubigers zu fixiren und die Schwierigkeit einer Schadensliquidation zu beheben. Dadurch, daß es sich um die Begründung einer Verpflichtung zur Leistung handelt, unterscheidet sich die Vertragsstrafe von anderen Vereinbarungen (lex commissoria, Verwirkungsklausel), von sonstigen vertragsmäßig übernommenen Leistungen durch die Beziehung zu einer Hauptschuld.

A. Die Hauptschuld.

Die Vertragsstrafe kann zu Hauptschulden jeder Art hinzutreten (durch Vertrag begründete, aus einseitigem Rechtsgeschäfte herrührende, aus unerlaubten Handlungen). Die Hauptschuld muß gültig begründet sein; ist sie nichtig, so ist auch das Vertragsstrafversprechen nichtig, ohne Rücksicht darauf, ob die Parteien die Unwirksamkeit kannten oder nicht. Ist die Hauptverbindlichkeit anfechtbar und aus demselben Grunde das Vertragsstrafversprechen, so kann letzteres auch selbständig angefochten werden. Kennt der Versprechende die Anfechtung der Hauptverbindlichkeit nicht und liegt ein selbständiger Grund der Anfechtbarkeit des Vertragsstrafversprechens nicht vor, so ist letzteres für sich nicht anfechtbar. Wird aber die Hauptverbindlichkeit durch Anfechtung unwirksam, so fällt auch die Wirksamkeit des Vertragsstrafversprechens fort, es kann die Vertragsstrafe nicht verwirkt werden. Wird gegenüber der Hauptverbindlichkeit von dem Anfechtungsrecht kein Gebrauch gemacht, so ist auch Anfechtung des Vertragsstrafversprechens aus diesem Grunde ausgeschlossen. Kannte der sonst gültig Versprechende die Anfechtbarkeit der Hauptverbindlichkeit, so hat er damit möglicherweise auf die Anfechtung des Strafversprechens verzichtet, d. h. das anfechtbare Hauptgeschäft bestätigt, und es wird auf die Gültigkeit dieser Bestätigung ankommen (344)[1]. Einreden gegen die Hauptschuld richten sich auch gegen die Strafschuld. — Bleibt die Hauptschuld trotz Aenderung identisch, so bleibt die Strafschuld bestehen, z. B. bei nachfolgender verschuldeter Unmöglichkeit der Hauptleistung. Aufhebung der Hauptschuld hebt auch die Strafschuld auf, Wiederaufleben der Hauptschuld bringt nicht eo ipso das Wiederaufleben der Strafschuld mit sich. Die Hauptschuld kann auch eine Naturalschuld sein (vgl. aber 339 unter C)[2].

[1] Besondere Bestimmung in: 1297, Abs. 2 (Verlöbniß).

[2] Hellmann, Krit. V.J.Schr. Bd. 41 (1899) S. 236.

Digitized by Google

B. Begründung, Abtretung und Gegenstand.

1. Der Anspruch auf die Vertragsstrafe kann begründet werden zugleich mit der Hauptverpflichtung oder auch nach derselben. Das Versprechen steht unter den allgemeinen Schranken (z. B. 138). Es kann auch zu Gunsten eines Dritten abgegeben sein, z. B. zu Gunsten einer wohlthätigen Anstalt.

2. Mit der Abtretung der Hauptforderung ist zwar im Zweifel auch der Anspruch auf die noch nicht fällige Vertragsstrafe als abgetreten anzusehen, jedoch ist die Abtretung der Strafforderung ohne die Hauptforderung und die der Hauptforderung ohne die Strafforderung nicht unzulässig[1].

3. Gegenstand des Vertragsstrafversprechens kann Geld oder eine Leistung anderer Art sein. Dieser Unterschied ist von Bedeutung für die rechtliche Behandlung (339. 342). Die Höhe der Vertragsstrafe untersteht, soweit nicht Wucher vorliegt, der freien Bestimmung der Parteien. Stets kann eine verwirkte unverhältnißmäßig hohe Strafe vom Richter durch Urtheil auf Antrag des Schuldners auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden[2]. Bei der Prüfung der Angemessenheit kommt das Interesse des Gläubigers in erster Linie in Frage, und zwar jedes berechtigte Interesse, nicht blos ein Vermögensinteresse. Die Angemessenheit ist nach dem Zeitpunkt der Verwirkung, nicht nach dem des Vertragsschlusses oder des Urtheils zu erwägen[3]. Den Beweis der Unangemessenheit hat der Schuldner zu erbringen. Die Herabsetzung und Rückzahlung kann nicht mehr verlangt werden, wenn die Strafe entrichtet ist (343, Abs. 1). Dagegen kann durch Vertrag auf die Schranke in 343 nicht verzichtet werden[4].

C. Der Verfall der Vertragsstrafe.

Es besteht hier ein wesentlicher Unterschied zwischen Verpflichtung auf Unterlassen und positives Thun. Im ersten Falle verfällt die Vertragsstrafe mit dem Zuwiderhandeln, in allen anderen Fällen aber erst dann, wenn der Schuldner in Verzug kommt. Diese Regel kann aber durch Disposition der Parteien durchbrochen sein. Nach der Parteiabsicht kann es daher auch bei den Verpflichtungen auf

[1] So Dernburg, II. S. 222. A. M. Oertmann zu § 339. Z. 2 b.

[2] RGes. über die Abzahlungsgeschäfte vom 16. Mai 1894 § 4, Abs. 1, vgl. BGB. 655. Anders HGB. §§ 348. 351.

[3] A. M. Dernburg a. a. O. S. 228. Schollmeyer S. 250 f. Planck, S. 123. Z. 2 a.

[4] Vgl. HGB. §§ 74. 75. 76.

Digitized by Google

Unterlassen nur auf die Zuwiderhandlung ankommen, die dem Verpflichteten zur Last zu legen ist, oder es kann der Verfall bei Verpflichtung zum Thun an das Nichtthun schlechthin (Garantieleistung) geknüpft sein (339).

D. Das Verhältniß des Anspruches auf die Vertragsstrafe zu dem aus der Hauptverbindlichkeit.

1. Die Vertragsstrafe ist versprochen für den Fall der Nichterfüllung überhaupt.

a. Es handelt sich um Geldstrafe. Hier hat der Gläubiger die Wahl, ob er die Hauptleistung oder die Strafe fordern will. Der Schuldner kann aber den Gläubiger nicht etwa wie beim Wahlschuldverhältniß unter Fristsetzung auffordern, zu wählen.

α. Wählt der Gläubiger die Strafe, so ist der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen (340, Abs. 1). Hat der Gläubiger die Strafe verlangt, so behält er aber den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung bez. des Mehr (340, Abs. 2). Nicht so ist es,

β. wenn der Gläubiger Erfüllung verlangt hat. Hier kann er stets auf die Strafe zurückgreifen. Hat der Gläubiger den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend gemacht, so kann er als Mindestmaß seines Schadens die Strafe verlangen, aber auch noch weiteren Schaden geltend machen.

b. Es handelt sich um Strafleistung anderer Art. Bei Strafleistungen anderer Art ist der Anspruch auf Schadensersatz ausgeschlossen, wenn der Gläubiger die Strafe wählt (340. 342).

c. Tritt der Gläubiger vom Vertrage wegen Nichterfüllung zurück, so ist regelmäßig der Anspruch auf die Strafe ausgeschlossen.

2. Die Vertragsstrafe ist für die nicht gehörige Erfüllung versprochen, d. h. z. B. für den Fall der Leistung am unrechten Orte, nicht zur bestimmten Zeit. Auslegungsfrage ist es, ob die Strafe nur für einen speziellen Fall, z. B. den der Rechtzeitigkeit der Leistung, versprochen ist. Ist das der Fall, so ist sie auch mit ihren Folgen auf diesen speziellen Fall beschränkt. Im Allgemeinen ist auch hier zu unterscheiden:

a. Geldstrafe.

Der Gläubiger kann Strafe und Erfüllung verlangen. Hat der Gläubiger den Schadensersatzanspruch wegen nicht gehöriger Erfüllung geltend gemacht, so kann er die Strafe als Mindestmaß des Schadens fordern und darüber hinaus den weiteren Schaden liquidiren. Nimmt aber der Gläubiger die Erfüllung an, so kann er die Strafe nur verlangen, wenn er sich dieselbe bei der Annahme vorbehalten

Digitized by Google

hat. Unkenntniß des Gläubigers von dem Anspruche auf die Strafleistung oder von dem Eintritt seiner Voraussetzungen im Momente der Annahme nützen dem Gläubiger nicht zur Erhaltung des Strafanspruches.

b. Strafleistung anderer Art.

Handelt es sich um Strafleistung, die nicht Geldleistung ist, so kann der Gläubiger Strafe und Erfüllung fordern, aber durch Wahl der Strafe ist der Anspruch auf Schadensersatz wegen nicht gehöriger Erfüllung ausgeschlossen (341. 342).

3. Die Regelung unter Z. 1 und 2 ist dispositiver Natur. Möglich ist auch, daß die Vertragsstrafe den Charakter eines Reugeldes haben soll („Wandelpön"), vgl. Bd. I, § 91.

4. Ob bei theilweiser Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung die ganze Vertragsstrafe oder nur ein Theil der Vertragsstrafe verwirkt ist, ist eine Auslegungsfrage, die im Zweifel im ersten Sinne zu entscheiden ist.

E. Beweislast.

Den Beweis der Erfüllung seiner Verpflichtung hat der Schuldner zu erbringen, nicht der Gläubiger den der Nichterfüllung. Der Gläubiger hat aber zu beweisen, daß der Schuldner in Verzug ist. Nur, wenn ein Unterlassen unter Strafe gestellt ist, hat der Gläubiger das Zuwiderhandeln zu beweisen, nicht der Schuldner das Nichtzuwiderhandeln (345. vgl. 339).

II. Vertragsstrafen im eigentlichen Sinne liegen nur dann vor, wenn die betreffende Vereinbarung mit Bezug auf eine gleichzeitig begründete oder schon bestehende Verpflichtung getroffen wird. Sehr nahe stehen andere Vereinbarungen einer Leistung für den Fall, daß Jemand etwas thut oder unterläßt. Der Sinn solcher Vereinbarungen kann an sich ein verschiedener sein: alternatives Versprechen mit Wahlrecht des Gläubigers oder blos bedingtes Versprechen der Leistung, welche Strafe genannt sein mag. Beide Fälle interessiren hier nicht, sondern nur das bedingte Versprechen einer Leistung als wirklicher Strafe. Von bloßen bedingten Versprechungen unterscheidet sich dieses dadurch, daß der Empfänger des Strafversprechens in erster Linie an dem Thun und Unterlassen interessirt ist, nicht wie im Falle eines bedingten Versprechens an der Strafleistung. Da das Gesetz (I. B.) die Freiheit der Parteibestimmung bei der eigentlichen Vertragsstrafe einengt, so mußte, um die Umgehung zu verhüten, auch diese Vereinbarung der gleichen Beschränkung unterworfen werden (343, Abs. 2). Nur der letzte Fall ist im Gesetze

Digitized by Google

gemeint („wenn Jemand eine „Strafe" für den Fall ꝛc."). Die Gleichstellung ist aber (133) nicht nur in Betreff des Ermäßigungsrechtes, sondern allgemein anzunehmen[1].

§ 90.

3. Der Rücktritt vom Vertrage[2].

I. Das Recht, vom Vertrage zurückzutreten, kann auf Vertrag beruhen (vertragsmäßiges Rücktrittsrecht). Dahin gehören der Reuevertrag (pactum displicentiae), der Vorbehalt besseren Angebotes (in diem addictio), der Vorbehalt des Rücktrittes gegen Reugeld (arrha poenitentialis, Wandelpön). Auch der Vorbehalt der Rechtswirkung für Vergangenheit und Zukunft (lex commissoria) soll im Zweifel dem Gläubiger das Rücktrittsrecht gewähren, sobald der Fall des Vorbehaltes eintritt (360). Es gehört ferner hierher, falls die Auslegungsregel in 361 zutrifft, der Fall des Fixgeschäftes (Bd. I, § 80). Das Rücktrittsrecht kann auch auf Gesetz beruhen (gesetzliches Rücktrittsrecht). Das gesetzliche Rücktrittsrecht ruht in einigen Anwendungsfällen auf der allgemeineren Er-

---

[1] Vgl. Leist, Vereinsherrschaft und Vereinsfreiheit (1899) S. 27 f. Kohler, Arch. f. bürg. R. Bd. 12 (1897) S. 25.

[2] Materialien: M. II. S. 198 ff. 209 ff. 280 ff. 315. P. I. S. 367 f. 626. 640 f. 644 ff. 787 f. VI, S. 158 ff. 384. D. S. 51 ff. BRK. S. 63.

Litteratur: 1888: Bähr, Zur Beurtheilung, S. 65. 68. Hartmann, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 73, S. 356. 1889: Laband, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 74, S. 47 ff. Seuffert, Beitr., H. 11, S. 73 f. Kindel, Das Recht zur Sache, S. 353. Gierke, Der Entwurf, S. 215. Sprenger, Gruch. Beitr., Bd. 33, S. 684 ff. 1890: Jacoby, Annalen d. d. Reichs, S. 882 f. 1892: Grützmann, Sächs. Arch., Bd. 2, S. 765 f. Bähr, Gegenentwurf, S. 86 f. Jakubezky, Bemerkungen, S. 107 f. 1894: Strohal, Jahrb. f. Dogm., Bd. 33, S. 367 f. 370 ff. Cretschmar, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 82, S. 127 ff. 1895: Hruza, Sächs. Arch., Bd. 5 (S.A.), S. 70 ff. 1896: Küntzel, Gruch. Beitr. Bd. 40, S. 139 ff. 1897: Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse, S. 88 ff. 129 ff. Bunsen I, § 54. 1898: Otto, Sächs. Arch. Bd. 8, S. 717 ff. Pfaff, L., Die Klausel: rebus sic stantibus in der Doktrin u. in der österr. Gesetzgebung (Wiener Festschrift für Ungarn). Leske, § 50. Weyl I, § 83. Goldmann-Lilienthal, S. 159 ff. 1899: Kuhlenbeck, Von den Pandekten ꝛc. II, § 27. Cosack I, § 112. Krückmann, § 44. v. Buchka, § 11. Endemann I, § 148. Fritze, Arch. f. bürg. R. Bd. 17, S. 20 ff. bes. S. 45 ff. Collatz, Ungerechtfertigte Vermögensverschiebung, S. 36 ff. Regelsberger, Jahrb. f. Dogmat. Bd. 40, S. 451 ff. bes. 477 ff. Dernburg, Das bürgerl. Recht II, §§ 107 bis 111. Barsanti, Archivio giuridico, Vol. 63, S. 3 ff. Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte, S. 290 ff.

Digitized by Google

wägung, daß es der Vertragspartei nicht zugemuthet werden könne, beim Vertrage zu bleiben, wenn sich nach Abschluß des Vertrages eine derartig wesentliche Veränderung der damals vorliegenden thatsächlichen Verhältnisse herausstellt, daß das beabsichtigte Ziel des Vertrages völlig verfehlt erscheint (sog. clausula rebus sic stantibus). Das BGB. hat mit Recht diesen Grundsatz nicht allgemein proklamirt, sondern nur in mehreren Einzelfällen anerkannt, z. B. beim gegenseitigen Vertrage (321. 325. 326), beim Dienstvertrage (626), bei Leihe (605, Z. 1), Gesellschaft (723), Miethe und Pacht und beim Vorvertrag über die Hingabe eines Darlehns (610). Unter Heranziehung des Grundsatzes von Treu und Glauben wird man aber ein Abgehen vom Vertrage gestatten müssen, wo das Festhalten an demselben zur Ausbeutung des einen Theiles durch den andern führen würde[1].

Die dispositive Regelung des Gesetzes betrifft nur das vertragsmäßige Rücktrittsrecht. Sie ist für anwendbar erklärt auf eine Reihe Fälle gesetzlichen Rücktrittsrechtes, bei gegenseitigen Verträgen (325. 326. 327), dann auf verwandte Fälle: 280 (wenn der Gläubiger wegen verspäteter theilweiser Unmöglichkeit Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangt), 286 (wenn der Gläubiger wegen Leistungsverzuges Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangt), 467 und 634, Abs. 4 (Wandlungsanspruch bei Kauf- und Werkvertrag). Vgl. ferner 543, Abs. 2. 555[2]. Auch theilweises Rücktrittsrecht kann in Frage kommen (325).

II. Das vertragsmäßige Rücktrittsrecht wird ausgeübt durch formlose Erklärung gegenüber dem andern Theile, und die abgegebene Erklärung ist unwiderruflich (349).

III. Die Wirkung.

A. Mit der Erklärung des Rücktrittes ist nicht etwa eine Resolutivbedingung des Vertrages erfüllt und treten deren Wirkungen ein, auch tritt nicht Aufhebung des Vertrages und folgeweise Rückforderung ob causam finitam ein, sondern der vollzogene Rücktritt setzt die Parteien in ein gegenseitiges Schuldverhältniß zu einander. Sie sind verpflichtet, sich gegenseitig so zu behandeln, als wenn der Vertrag nicht geschlossen wäre. Daraus folgt, daß keine Partei aus

[1] Vgl. Dernburg, a. a. O. S. 247 f.

[2] Andere gesetzliche Rücktrittsrechte sind im Gesetz nicht dieser Regelung unterstellt, z. B. 81, Abs. 2. 109. 178. 1397. 1880. Es wird aber der Satz in 356 (Text, VII.) auch hier zu gelten haben. Vgl. HGB. § 375, RGes. betr. die Abzahlungsgeschäfte v. 16. Mai 1894.

Digitized by Google

dem Vertrage mehr auf Leistung angesprochen werden kann, daß der auf Leistung belangten Partei eine Einrede entgegensteht und daß beide Parteien einander zur Herstellung des früheren Zustandes verpflichtet sind (346)[1]. Die Wirkungen erfüllter auflösender Bedingung treten nur ein, wenn der Rücktritt von den Parteien auch als auflösende Bedingung gesetzt ist (vgl. 883).

B. Die empfangenen Leistungen sind zurückzugewähren. Demgemäß bestimmt sich der Gegenstand der Herausgabepflicht. Bestand die empfangene Leistung in Diensten oder in der Ueberlassung der Benutzung einer Sache, so ist deren Werth herauszugeben. War aber für diese Leistungen im Vertrage ein Aequivalent in Geld bestimmt, so ist dieses nach Verhältniß zu zahlen (346). Ist nach Empfang der empfangene Gegenstand beim Empfänger verschlechtert oder untergegangen oder ist die Herausgabe aus anderen Gründen unmöglich geworden, so hat der Empfänger Ersatz zu leisten in demselben Umfange wie ein Besitzer nach Rechtshängigkeit des Eigenthumsanspruches (987. 989. 994 ff.).

In derselben Weise bestimmt sich der Anspruch auf Herausgabe von Nutzungen und der Anspruch auf Ersatz von Verwendungen. Ist eine Geldsumme zurückzuerstatten, so ist sie vom Empfange an zu verzinsen (347). Die Analogie mit dem Besitzer einer fremden Sache rechtfertigt sich dadurch, daß auch hier beide Theile mit der Möglichkeit des Rücktrittes, d. h. mit der Möglichkeit, das Empfangene zurückgeben zu müssen, rechnen müssen.

C. Die Verpflichtungen sind Zug um Zug zu erfüllen (348), daher sind anwendbar 320. 322. Die Ansprüche unterliegen der Verjährung von 30 Jahren.

IV. Der Ausschluß des Rücktrittsrechtes.

A. Das Rücktrittsrecht wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der empfangene Gegenstand nach Empfang vor oder nach Rücktrittserklärung ohne Schuld des Empfängers untergegangen oder wesentlich verschlechtert ist. Das Rücktrittsrecht soll den Empfänger in die Lage versetzen, in der er ohne den Vertragsschluß gewesen wäre. Deshalb müssen auch die Folgen des Vertrages, die im Gefahrübergange liegen, für den Empfänger unschädlich gemacht werden. Das Rücktrittsrecht kann allerdings von den Parteien für diese Fälle ausgeschlossen sein (350).

---

[1] Vgl. RGes. betr. die Abzahlungsgeschäfte v. 16. Mai 1894 § 1, Abs. 1.

Digitized by Google

B. Hat der Rücktrittsberechtigte eine wesentliche Verschlechterung (wozu auch der Untergang eines erheblichen Theiles gehört), den Untergang oder anderweite Unmöglichkeit der Herausgabe des empfangenen Gegenstandes verschuldet, so ist der Rücktritt ausgeschlossen. Verschuldung der Gehülfen und des gesetzlichen Vertreters steht der eigenen nach 278 gleich (351). Der Empfänger hat, wenn er sein Rücktrittsrecht ausüben will, seine Nichtschuld zu beweisen.

C. Der Rücktritt ist ausgeschlossen, wenn der Berechtigte, sein gesetzlicher Vertreter oder Gehülfe die empfangene Sache mit oder ohne Schuld durch Verarbeitung oder Umbildung zu einer anderen Sache umgestaltet hat (352).

D. Wenn der Berechtigte den empfangenen Gegenstand veräußert oder mit dem Rechte eines Dritten belastet hat, so ist das Rücktrittsrecht an sich nicht ausgeschlossen, wenn zur Zeit der Rücktrittserklärung die Möglichkeit des Rückerwerbes oder die der Beseitigung der Belastung besteht. Der Rücktrittsberechtigte kann von dieser Möglichkeit Gebrauch machen. Der Rücktritt ist aber ausgeschlossen, wenn bei Demjenigen, der den Gegenstand in Folge der Verfügung erlangt hat, durch dessen Schuld wesentliche Verschlechterung, Untergang oder anderweitige Unmöglichkeit der Herausgabe eingetreten ist oder eine Verarbeitung oder Umbildung des empfangenen Gegenstandes stattgefunden hat (351. 352). Der Verfügung des zum Rücktritt Berechtigten stehen Verfügungen im Wege der Zwangsvollstreckung, Arrestvollziehung und des Konkursverwalters gleich (353).

V. Unwirksamwerden des Rücktrittsrechtes.

A. Hat der Rücktrittsberechtigte sein Recht ausgeübt und kommt er mit der Rückgewähr des empfangenen Gegenstandes oder eines erheblichen Theiles desselben in Verzug, so kann ihm nach Analogie der Vorschrift in 326 der andere Theil eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme nach Ablauf der Frist ablehne. Erfolgt dann die Rückgewähr nicht vor Ablauf der Frist, so wird das Rücktrittsrecht unwirksam (354).

B. Hat sich ein Vertragstheil A. das Rücktrittsrecht für den Fall der Nichterfüllung des andern Theiles B. vorbehalten und den Rücktritt erklärt, so wird dieser unwirksam, wenn der B. sich durch Aufrechnung befreien konnte und die Aufrechnung unverzüglich nach dem Rücktritt erklärt (357). Der B. darf annehmen, da der A. sich durch Aufrechnung befriedigen kann, daß es nicht zum Rücktritte

Digitized by Google

kommen werde. Er war also nicht gehalten, die Aufrechnung eher zu erklären, als Veranlassung dazu durch den Rücktritt des A. gegeben wurde (vgl. 554, Abs. 2).

VI. Das Erlöschen des Rücktrittsrechtes.

A. Selbstverständlich kann auf das Rücktrittsrecht verzichtet werden. Ein solcher Verzicht kann darin liegen, daß der Berechtigte die ihm obliegende Leistung ganz oder theilweise erbringt oder seinerseits Erfüllung ganz oder theilweise verlangt.

B. Ist für die Ausübung des Rücktrittsrechtes eine Frist vereinbart, so erlischt das Rücktrittsrecht, wenn es nicht innerhalb dieser Frist ausgeübt wird, mit Ablauf der Frist. Durch Auslegung ist zu bestimmen, von wann an die Frist zu laufen beginnt.

C. Ist eine Frist nicht vereinbart, so kann der andere Theil dem Berechtigten eine angemessene Frist setzen. Ist das Rücktrittsrecht noch von einer Bedingung abhängig, so ist die Setzung der Frist unzulässig. Ist die Frist wirksam gesetzt, so beginnt sie zu laufen, sobald die Bestimmung dem Berechtigten zugekommen ist. Das Rücktrittsrecht erlischt, wenn nicht innerhalb der Frist der Rücktritt erklärt ist (355).

VII. Bei einer Mehrheit der Gläubiger oder Schuldner kann das Rücktrittsrecht nur von allen und gegen alle ausgeübt werden. Das Erlöschen für einen der Berechtigten wirkt für alle (356). Die Vorschrift ist dispositiver Natur. Das Rücktrittsrecht ist ein untheilbares gemeinschaftliches Recht. Es kann also nur im Ganzen, d. h. in Bezug auf das ganze Geschäft, ausgeübt werden und nur von allen gemeinschaftlich. Will oder kann der eine Berechtigte das Recht nicht ausüben (Verzicht, Verschuldung des Unterganges der bereits allen übergebenen Sache), so sind auch alle übrigen ausgeschlossen. Ebenso kann das Recht auch nur gegen alle gemeinsam ausgeübt werden. Ist aber, wenn das Recht gegen einen erloschen ist, dasselbe auch gegen alle erloschen? Vermöge des arg. e contrario aus 356, Satz 2, kann man das Gegentheil annehmen[1].

VIII. Die Beweislast.

Eine Beweisregel wird nur für den Fall aufgestellt, daß das Rücktrittsrecht für den Fall der Nichterfüllung von der andern Seite vorbehalten ist. Ist der Rücktritt erfolgt und bestreitet der andere Theil die Zulässigkeit desselben, so hat er die Erfüllung zu

[1] Vgl. Hruza, a. a. O., S. 77 ff.

Digitized by Google

beweisen. Besteht die Leistung in einem Unterlassen, so hat der Zurücktretende den Beweis der Zuwiderhandlung zu führen (358, vgl. 345).

Wer vom Rücktrittsrecht Gebrauch macht, hat seine Begründung zu beweisen, ebenso die Erklärung des Rücktrittes, wer aus dem erklärten Rücktritt Rechte herleitet.

§ 91.

4. Das Reugeld[1].

Das Versprechen eines Reugeldes bedeutet eine Abschwächung des Vertrages. Es tritt in verschiedener juristischer Form auf:

I. Einräumung eines vertragsmäßigen Rücktrittsrechtes gegen Reugeld (359). Dahin gehören folgende Abmachungen:

A. Dem Schuldner kann der Rücktritt vom Vertrage gegen Zahlung einer Strafe eingeräumt sein (Wandelpön). Der Schuldner hat die Wahl, ob er seine Verbindlichkeit erfüllen oder die Strafe entrichten will. Eine Verpflichtung des Schuldners zur Zahlung der Strafe besteht nicht, sondern nur zur Erfüllung (facultas alternativa). Wählt der Schuldner den Rücktritt, so muß er vor oder bei der Erklärung des Rücktrittes das Reugeld entrichten; thut er letzteres nicht, so kann der Gläubiger die Rücktrittserklärung unverzüglich zurückweisen. Der Schuldner kann dann aber noch unverzüglich nach Abgabe der Zurückweisungserklärung das Reugeld entrichten und dadurch den Rücktritt wirksam machen. Der Zurücktretende hat seinen Rücktritt und die Zahlung des Reugeldes, der Gegner die unverzügliche Zurückweisung zu beweisen (359)[2].

B. In gleichem Sinne kommt auch die Daraufgabe vor (arrha poenitentialis):

1. Der Vertragstheil, welcher die Daraufgabe gegeben hat und dem sie bei Erfüllung anzurechnen wäre, soll gegen Verzicht auf die Rückzahlung vom Vertrage zurücktreten dürfen.

2. Der Empfänger, der die arrha nach besonderer Festsetzung sich nicht hätte anrechnen lassen müssen, soll gegen Rückerstattung vom Vertrage zurücktreten können (336, Abs. 2).

---

[1] Materialien und Litteratur: vgl. Bd. I, § 88, Note 1 und § 89, Note 1. Dernburg, Das bürgerliche Recht II, § 110.

[2] Vgl. Oertmann S. 94. Planck, S. 136. A. M. Schollmeyer, S. 272.

Digitized by Google

II. Die Geltendmachung eines gesetzlichen Kündigungsrechtes[1] soll nur erfolgen gegen Zahlung eines Reugeldes. Eine Vertragsstrafe auf Unterlassung liegt hier nicht vor, weil keine Hauptverpflichtung auf Unterlassung besteht. Vielmehr ist Verzicht auf das Rücktrittsrecht anzunehmen unter der auflösenden Bedingung, daß das Reugeld nicht gezahlt wird. Es findet 359 Anwendung (vgl. I)[2].

---

3. Kapitel.

Das Erlöschen der Schuldverhältnisse.

§ 92.

1. Die Erfüllung[3].

I. Zu unterscheiden ist das Erlöschen des Schuldverhältnisses selbst, d. h. im Ganzen, von dem Erlöschen der aus dem einzelnen Schuldverhältnisse hervorgehenden Forderungs-

[1] 564 ff. 542 ff. 553 ff. 595 f. 605. 609. 620 ff. 723 ff.

[2] Vgl. Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse (1897), S. 163 ff. A. M. Hellmann, Krit. V.J.Schr. Bd. 41 (1899) S. 236.

[3] Materialien: M. II. S. 26 f. 32 ff. 77 ff. P. I. S. 302 ff. 333 ff. 623 ff. VI, S. 150. 164.

Litteratur: 1888: Laband, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 73, S. 185 ff. 202 ff. Hartmann, ebenda, S. 314 ff. Bekker, Beitr., H. 2, S. 19. Zróblowski, Kodifikationsfragen, S. 19. 31. Bähr, Zur Beurtheilung, S. 33 ff. 1889: Seuffert, Beitr., H. 11, S. 14. 24 ff. 59. Goldschmidt, Krit. Erörterungen, S. 87 ff. 181 ff. Neumann, Gruch. Beitr., Bd. 33, S. 106. Unger, Zeitschrift f. d. Priv.- u. öff. R., Bd. 15, S. 688. Koch, Beitr., H. 4, S. 22 ff. Baron, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 75, S. 259. Bekker, System II, S. 100. 1890: Jacoby, Annalen d. d. Reichs, S. 52 ff. 865 f. Westrum, GA., S. 237 ff. Gebhart, GA., S. 257. 268. 270. Canstein, Arch. f. bürg. R., Bd. 4, S. 311. 1892: Grützmann, Sächs. Arch., Bd. 2, S. 222 ff. Bähr, Gegenentwurf, S. 51. 57 f. Jakubezky, Bemerkungen S. 59 f. 1893: Cretschmar, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 81, S. 175 f. Henrici, Jahrb. f. Dogm., Bd. 32, S. 99 ff. 262 ff. 1894: Cretschmar, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 82, S. 130 f. Oertmann, ebenda, S. 367 ff. Brachvogel, Arch. f. bürg. R., Bd. 8, S. 335 ff. 1895: Hruza, Sächs. Arch., Bd. 5, S. 10 ff. Lang, Arch. f. bürg. R., Bd. 10, S. 287 ff. 1896: Behrend, Beitr. zur Lehre von der Quittung. Richter, Sächs. Arch. Bd. 6, S. 115 ff. 1897: Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse,

Digitized by Google

rechte und Ansprüche. Erlischt das Schuldverhältniß im Ganzen, so können allerdings weitere Forderungsrechte für die Zukunft nicht erwachsen. Durch das Erlöschen des Forderungsrechtes würde nur in seltenen Fällen auch das Schuldverhältniß selbst erlöschen.

A. Das Erlöschen der Schuldverhältnisse tritt aus Gründen ein, die auch für andere Rechtsverhältnisse die gleiche Wirkung haben und daher an andern Punkten dargestellt sind wie auflösende Bedingung, Eintritt des Endtermins.

Selbstverständlich können die Parteien ein bestehendes Schuldverhältniß, das durch Vertrag begründet war, auch durch neuen Vertrag wieder aufheben (contrarius consensus). Dieser Aufhebungsakt führt sich im Wesentlichen auf den Erlaßvertrag zurück, mit dem sich, wenn schon Leistung erfolgt ist, ein Schuldvertrag auf Rückgewährung verbindet. Ob der Schuldner dadurch befreit wird, daß der Gläubiger auf anderem Wege als durch Erfüllung den Gegenstand der Leistung erhält (concursus duarum causarum lucrativarum), ist durch Auslegung der das Schuldverhältniß begründenden Thatsachen festzustellen, soweit nicht die Grundsätze der Unmöglichkeit der Leistung entscheiden[1]. Ferner gehören hierher Novation, Vereinigung von Forderung und Schuld, Tod des Gläubigers oder Schuldners.

B. Die das einzelne Forderungsrecht aufhebenden Gründe. Hierher gehören als dem Rechte der Schuldverhältnisse eigenthümlich: Erfüllung, Hinterlegung, Aufrechnung, Erlaß, Vereinigung von Forderung und Schuld, Tod des Gläubigers oder Schuldners.

Ferner als dem Schuldrecht nicht eigenthümlich: Anspruchsverjährung, rechtskräftiges Urtheil, Unmöglichkeit der Leistung.

II. Die Erfüllung.

Erfüllung ist Befriedigung des Gläubigers durch Beschaffung der dem Schuldner obliegenden Leistung zum Zwecke der Aufhebung des Schuldverhältnisses und mit der Wirkung der Aufhebung (362).

A. Die Erfüllung ist stets ein Rechtsgeschäft, ein

S. 214 ff. 229 ff. Bunsen I, §§ 55. 56. 1898: Otto, Sächs. Arch. Bd. 8, S. 665 ff. 721 ff. Leske, § 51. 142. Weyl I, § 85. Mandry-Geib, S. 434 ff. Goldmann-Lilienthal, S. 136 f. 1899: Kuhlenbeck, Von den Pandekten II, § 23. Cosack I, §§ 108. 109. Krückmann, § 46. v. Buchka, § 12. Endemann I, §§ 141. 142. Dernburg, Das bürgerliche Recht II, §§ 112—118.

[1] Vgl. Schollmeyer S. 98 f.

Digitized by Google

einseitiges, wenn der Schuldner zur Vornahme der Leistung der Mitwirkung des Gläubigers nicht bedarf, wie z. B. bei Verpflichtung zur Unterlassung, ein Vertrag, wenn der Gläubiger die Leistung anzunehmen hat. Daß in gewissen Fällen der Gläubiger bei der Erfüllung mitzuwirken hat, darüber besteht Einigkeit, nicht aber über den rechtlichen Charakter dieser Mitwirkung und der Erfüllung überhaupt. Nach der bisher herrschenden Ansicht hat die Mitwirkung den Charakter der Annahme eines Vertragsantrages, der eben auf Aufhebung der Schuld gerichtet ist. Dem gegenüber behauptet man die einseitige Natur der Erfüllungshandlung für alle Fälle; daß mitunter die Mitwirkung des Gläubigers erforderlich sei, liege nur in der Art der geschuldeten Leistung[1]. Wäre diese Auffassung richtig, so wäre es völlig gleichgültig, ob der Gläubiger z. B. von dem rechtlichen Zweck der Zahlung weiß oder nicht, es käme nur darauf an, daß er die Mitwirkung leistet; der Zahlungszweck wäre erreicht, wenn auch der Gläubiger das Geld zu dem Zweck, es für den Zahlenden aufzubewahren, annimmt. Es ist auch, wenn man nicht eine auf den rechtlichen Erfolg gerichtete Willenserklärung des Gläubigers annimmt, sondern nur rein thatsächliche Mitwirkung, nicht zu erklären, warum nicht die Zahlungsannahme durch den Minderjährigen die Aufhebung der Forderung nach sich ziehen sollte (107). Soll aber unter der Mitwirkung eine auf den Rechtserfolg der Zahlung gerichtete Willenserklärung des Gläubigers verstanden werden, so würde von jener Auffassung sowohl eine einseitige Handlung des Schuldners als eine solche des Gläubigers verlangt sein. Eine derartige Mitwirkung zur einseitigen Handlung des Schuldners führt aber mit Nothwendigkeit auf den Vertrag.

B. Dem Gläubiger soll das verschafft werden, was der Schuldner nach dem Schuldverhältnisse zu leisten hat. Um zu bestimmen, was der Schuldner zu leisten hat und wie er es zu leisten hat, soll nicht nur auf den Begründungsakt gesehen werden, sondern auf Das, was Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte fordern (242). Das von den Parteien Festgesetzte soll also an dem im Gesetz niedergelegten Maßstab von Treu und Glauben geprüft werden und eine gegen diesen verstoßende Beliebung der Parteien wäre nichtig. Das Gesetz stellt hier eine zwingende Norm auf, ähnlich der der Wahrung der guten Sitten. Auch dieser Maßstab von Treu und Glauben ist

[1] Vgl. bes. Stammler, a. a. O., S. 221 f. Wie St. auch Dernburg, a. a. O., S. 250. Vgl. auch Otto, Sächs. Arch. Bd. 8. S. 722.

Digitized by Google

ein objektiver; es soll nicht das subjektive Dafürhalten des Richters entscheiden, auch nicht ein Idealrecht, sondern es soll das nach dem gesammten thatsächlichen Material einschließlich der Verkehrssitte gerechte Resultat gefunden werden[1].

C. Der Schuldner ist nicht berechtigt, etwas Anderes zu leisten, als er schuldet, noch Theilleistungen zu machen (266)[2]. Beides auch dann nicht, wenn das Interesse des Gläubigers nicht beeinträchtigt wäre. Das erleidet eine Ausnahme insofern, als sich der Eigenthümer von dem Anspruche auf Ersatz der Verwendungen durch Rückgabe der Sache befreien kann (1001)[3], und in den Fällen, in welchen dem Schuldner die Rechtswohlthat der Kompetenz, des Nothbedarfes, gewährt ist (519. 829, Bd. I, § 72).

Der Gläubiger ist ferner nicht gehalten, eine bedingte Zahlung anzunehmen und regelmäßig auch nicht die Zahlung anzunehmen unter Vorbehalt (Eventualzahlung), d. h. die Zahlung unter der Verwahrung des Schuldners, daß er mit der Zahlung die Schuld anerkenne. Eine bedingte Zahlung liegt in dieser Zahlung unter Vorbehalt nicht, es liegt aber, da es an der Anerkennung der Verpflichtung fehlt, eine Zahlung überhaupt nicht vor. Trotzdem wird der Gläubiger sie annehmen müssen, wenn er den Schuldner kraft Gesetzes schlechthin zur Leistung zwingen kann (z. B. auf Grund vorläufig vollstreckbaren Schuldtitels). Nimmt er die Zahlung freiwillig oder, weil er muß, an, so hätte der Schuldner die condictio sine causa. Beruft sich dieser gegenüber der beklagte Gläubiger auf den wirklichen Bestand der Verpflichtung, so ist das nicht ein Bestreiten der Klagthatsachen, auch nicht Inhalt einer exceptio doli, sondern Aufrechnung. Jedenfalls ist der Gläubiger genöthigt, den Bestand der Verpflichtung zu beweisen[4].

D. Die Erfüllung ist Sache des Schuldners. Nur er kann zur

[1] Stammler, a. a. O., S. 39 ff., formulirt das Prinzip dahin, daß eine Abwägung der widerstreitenden Interessen und Wünsche im Sinne des sozialen Ideales erfolgen müsse. Ich glaube, daß die im Text gegebene Verweisung auf die Gerechtigkeit sich mit der von St. gegebenen Formulirung in der Sache deckt; denn das Ziel der Rechtsordnung ist allerdings, das soziale Zusammenleben im Sinne der Gerechtigkeit zu ordnen. Die Formulirung St.'s hat den Vorzug, daß sie auf die letzten Ziele der Rechtsordnung zurückgeht.

[2] Anders bei der Aufrechnung (389), ferner nach 320, Abs. 2. WO. Art. 38.

[3] Hellmann, Krit. VJSchr. Bd. 41 (1899) S. 238.

[4] Zu dieser äußerst bestrittenen Frage vgl. jetzt Isay, die Willenserklärung im Thatbestande des Rechtsgeschäfts

Digitized by Google

Erfüllung angehalten werden. Damit ist nicht gesagt, daß nicht auch Dritte für den Schuldner leisten könnten. Selbstverständlich ist das, wenn sie Stellvertreter oder Gehülfen des Schuldners sind. Aber auch davon abgesehen, können Dritte für den Schuldner leisten. Nur dann ist die Erfüllung durch Dritte ausgeschlossen, wenn es bei der Leistung auf die Persönlichkeit des Schuldners ankommt. Kann nur der Schuldner in Person leisten, so kann noch weiter in Frage kommen, ob er bei der Leistung Gehülfen hinzuziehen darf oder nicht. Können auch Dritte erfüllen, so ist es gleichgültig, ob sie als Beauftragte des Schuldners oder, ohne Auftrag zu haben, ja gegen den Willen des Schuldners handeln. Die Befreiung des Schuldners tritt, wenn der Gläubiger annimmt, unter allen Umständen ein. Der Widerspruch des Schuldners hat nur die Bedeutung, daß der Gläubiger, der das Angebot des Dritten ablehnt, nicht in Verzug geräth (267, Abs. 2). Ueber den Regreßanspruch des zahlenden Dritten gegen den befreiten Schuldner vgl. 683. 679.

Betreibt der Gläubiger die Zwangsvollstreckung in einen dem Schuldner gehörigen Gegenstand[1], so ist Jeder, der Gefahr läuft, ein für ihn schon bestehendes[2] Recht an dem Gegenstande (Pfandrecht, Erbbaurecht, Reallast, Vorkaufsrecht) durch die Zwangsvollstreckung zu verlieren, oder der als mittelbarer oder unmittelbarer Besitzer (Miether, Pächter) im Besitze gefährdet ist, berechtigt, den Gläubiger (auch durch Hinterlegung und Aufrechnung) zu befriedigen. Die Forderung geht, soweit der Gläubiger befriedigt ist, auf den Dritten über; der Uebergang darf aber nicht zum Nachtheile des Gläubigers geltend gemacht werden. Hat also der Gläubiger nur zum Theile seine Forderung geltend gemacht, so tritt theilweiser Uebergang der Forderung auf den Ablösenden ein; die Restforderung des Gläubigers hat aber den Vorzug. Die Berechtigung hat ihre Schranke da, wo eine Befriedigung durch Andere als den Schuldner nicht möglich ist, sie ist aber, diese Möglichkeit vorausgesetzt, auch dann gegeben, wenn etwa Leistung durch den Schuldner vereinbart

(1899), S. 70 ff. (daselbst die Litteratur) ferner auch Siber, Kompensation und Aufrechnung (1899) S. 122 ff.

[1] Daher greift 268 nicht ein bei Zwangsvollstreckung in den Anspruch des entsetzten Besitzers gegen den fehlerhaften Besitzer zu Gunsten des Letzteren, und nicht bei Zwangsvollstreckung in den Eigenthumsanspruch des Schuldners auf Herausgabe. Vgl. Schollmeyer, S. 76 f. A. M. Planck S. 40.

[2] Der bloße Erwerbstitel ist nicht geschützt. Planck S. 40. A. M. Oertmann S. 28. Endemann I, S. 613 Z 13.

Digitized by Google

ist. Der Gläubiger braucht sich theilweise Befriedigung nicht gefallen zu lassen (268)[1].

E. Erfüllung muß an den Gläubiger erfolgen. Der Gläubiger muß die dazu nothwendige Geschäftsfähigkeit besitzen; denn Annahme zur Erfüllung ist Veräußerung. Das gilt aber nur da, wo zur Erfüllung die Mitwirkung des Gläubigers erforderlich ist. Der Gläubiger muß auch die Verfügungsfähigkeit haben, die er nicht besitzt, wenn die Forderung beschlagnahmt ist. Zur Befreiung des Schuldners wirkt aber auch die Leistung an den Rechtsnachfolger (Erben, Sondernachfolger) des Gläubigers, ferner:

1. die Leistung an den Vertreter des Gläubigers (Bevollmächtigter, gesetzlicher Vertreter). Ob Vollmacht des Gläubigers vorliegt, ist durch Auslegung festzustellen (167 ff). Es gilt aber die Vermuthung, daß der Ueberbringer einer Quittung ermächtigt ist, die Leistung zu empfangen. Der Aussteller der Quittung hat diese Vermuthung zu entkräften durch den Nachweis von Umständen, die der Annahme der Ermächtigung entgegenstehen und daß diese dem Schuldner bekannt waren (370). Der Vertreter des Gläubigers ist berechtigt, zu fordern, der Schuldner ist berechtigt, dem Vertreter mit der Wirkung des Verzuges anzubieten und wird durch Erfüllung an den Vertreter befreit[2].

2. Ist dem Schuldner vertragsmäßig das Recht eingeräumt, sich durch Leistung an einen Dritten zu befreien (solutionis causa adjectus), so kann der Schuldner an diesen leisten. Wann dieses Recht des Schuldners hinwegfällt, richtet sich nach dem Vertrage, der es gewährt.

3. Erfüllung an einen Andern als den Gläubiger steht sonst unter der Regel in 185, d. h. befreiende Wirkung hat sofort die Leistung an Dritte mit Einwilligung des Gläubigers; sie erlangt diese Wirksamkeit, wenn der Gläubiger sie genehmigt, wenn der Dritte die Forderung erwirbt oder von dem Gläubiger beerbt wird und das Inventarrecht für den Erben fortfällt (362, Abs. 2).

4. In besonderen Fällen wird der gutgläubige Schuldner durch Leistung an Dritte schlechthin befreit (407. 408. 409. 2366, 2367).

5. Von diesen Fällen abgesehen, kann sich der Schuldner, der an Dritte leistet, nur auf die Vorschriften über ungerechtfertigte

[1] Vgl. Weißbart, Das Befriedigungsrecht Dritter in der Zwangsvollstreckung nach 268 des BGB. (1899).

[2] Vgl. HGB. § 54 CPO. §§ 81. 754. 755.

Digitized by Google

Erfüllung angehalten werden. Damit ist nicht gesagt, daß nicht auch Dritte für den Schuldner leisten könnten. Selbstverständlich ist das, wenn sie Stellvertreter oder Gehülfen des Schuldners sind. Aber auch davon abgesehen, können Dritte für den Schuldner leisten. Nur dann ist die Erfüllung durch Dritte ausgeschlossen, wenn es bei der Leistung auf die Persönlichkeit des Schuldners ankommt. Kann nur der Schuldner in Person leisten, so kann noch weiter in Frage kommen, ob er bei der Leistung Gehülfen hinzuziehen darf oder nicht. Können auch Dritte erfüllen, so ist es gleichgültig, ob sie als Beauftragte des Schuldners oder, ohne Auftrag zu haben, ja gegen den Willen des Schuldners handeln. Die Befreiung des Schuldners tritt, wenn der Gläubiger annimmt, unter allen Umständen ein. Der Widerspruch des Schuldners hat nur die Bedeutung, daß der Gläubiger, der das Angebot des Dritten ablehnt, nicht in Verzug geräth (267, Abs. 2). Ueber den Regreßanspruch des zahlenden Dritten gegen den befreiten Schuldner vgl. 683. 679.

Betreibt der Gläubiger die Zwangsvollstreckung in einen dem Schuldner gehörigen Gegenstand[1], so ist Jeder, der Gefahr läuft, ein für ihn schon bestehendes[2] Recht an dem Gegenstande (Pfandrecht, Erbbaurecht, Reallast, Vorkaufsrecht) durch die Zwangsvollstreckung zu verlieren, oder der als mittelbarer oder unmittelbarer Besitzer (Miether, Pächter) im Besitze gefährdet ist, berechtigt, den Gläubiger (auch durch Hinterlegung und Aufrechnung) zu befriedigen. Die Forderung geht, soweit der Gläubiger befriedigt ist, auf den Dritten über; der Uebergang darf aber nicht zum Nachtheile des Gläubigers geltend gemacht werden. Hat also der Gläubiger nur zum Theile seine Forderung geltend gemacht, so tritt theilweiser Uebergang der Forderung auf den Ablösenden ein; die Restforderung des Gläubigers hat aber den Vorzug. Die Berechtigung hat ihre Schranke da, wo eine Befriedigung durch Andere als den Schuldner nicht möglich ist, sie ist aber, diese Möglichkeit vorausgesetzt, auch dann gegeben, wenn etwa Leistung durch den Schuldner vereinbart

(1899), S. 70 ff. (daselbst die Litteratur) ferner auch Siber, Kompensation und Aufrechnung (1899) S. 122 ff.

[1] Daher greift 268 nicht ein bei Zwangsvollstreckung in den Anspruch des entsetzten Besitzers gegen den fehlerhaften Besitzer zu Gunsten des Letzteren, und nicht bei Zwangsvollstreckung in den Eigenthumsanspruch des Schuldners auf Herausgabe. Vgl. Schollmeyer, S. 76 f. A. M. Planck S. 40.

[2] Der bloße Erwerbstitel ist nicht geschützt. Planck S. 40. A. M. Oertmann S. 28. Endemann I, S. 613 Z 13.

Digitized by Google

ist. Der Gläubiger braucht sich theilweise Befriedigung nicht gefallen zu lassen (268)[1].

E. Erfüllung muß an den Gläubiger erfolgen. Der Gläubiger muß die dazu nothwendige Geschäftsfähigkeit besitzen; denn Annahme zur Erfüllung ist Veräußerung. Das gilt aber nur da, wo zur Erfüllung die Mitwirkung des Gläubigers erforderlich ist. Der Gläubiger muß auch die Verfügungsfähigkeit haben, die er nicht besitzt, wenn die Forderung beschlagnahmt ist. Zur Befreiung des Schuldners wirkt aber auch die Leistung an den Rechtsnachfolger (Erben, Sondernachfolger) des Gläubigers, ferner:

1. die Leistung an den Vertreter des Gläubigers (Bevollmächtigter, gesetzlicher Vertreter). Ob Vollmacht des Gläubigers vorliegt, ist durch Auslegung festzustellen (167 ff). Es gilt aber die Vermuthung, daß der Ueberbringer einer Quittung ermächtigt ist, die Leistung zu empfangen. Der Aussteller der Quittung hat diese Vermuthung zu entkräften durch den Nachweis von Umständen, die der Annahme der Ermächtigung entgegenstehen und daß diese dem Schuldner bekannt waren (370). Der Vertreter des Gläubigers ist berechtigt, zu fordern, der Schuldner ist berechtigt, dem Vertreter mit der Wirkung des Verzuges anzubieten und wird durch Erfüllung an den Vertreter befreit[2].

2. Ist dem Schuldner vertragsmäßig das Recht eingeräumt, sich durch Leistung an einen Dritten zu befreien (solutionis causa adjectus), so kann der Schuldner an diesen leisten. Wann dieses Recht des Schuldners hinwegfällt, richtet sich nach dem Vertrage, der es gewährt.

3. Erfüllung an einen Andern als den Gläubiger steht sonst unter der Regel in 185, d. h. befreiende Wirkung hat sofort die Leistung an Dritte mit Einwilligung des Gläubigers; sie erlangt diese Wirksamkeit, wenn der Gläubiger sie genehmigt, wenn der Dritte die Forderung erwirbt oder von dem Gläubiger beerbt wird und das Inventarrecht für den Erben fortfällt (362, Abs. 2).

4. In besonderen Fällen wird der gutgläubige Schuldner durch Leistung an Dritte schlechthin befreit (407. 408. 409. 2366, 2367).

5. Von diesen Fällen abgesehen, kann sich der Schuldner, der an Dritte leistet, nur auf die Vorschriften über ungerechtfertigte

[1] Vgl. Weißbart, Das Befriedigungsrecht Dritter in der Zwangsvollstreckung nach 268 des BGB. (1899).

[2] Vgl. HGB. § 54 CPO. §§ 81. 754. 755.

Digitized by Google

Bereicherung oder Geschäftsführung ohne Auftrag berufen, Letzteres z. B. bei Leistung an den Gläubiger des Gläubigers.

F. Die Leistung an Erfüllungsstatt (datio in solutum).

1. Mit Einverständniß des Gläubigers kann der Schuldner an Stelle der geschuldeten Leistung eine andere erbringen und sich hierdurch wie durch Erfüllung befreien. Die Leistung an Zahlungsstatt unterscheidet sich wesentlich von der Leistung zahlungshalber. In diesem letzteren Falle übernimmt der Gläubiger den geleisteten Gegenstand, ohne sich befriedigt zu erklären; er will sich aber aus ihm Befriedigung verschaffen, und Befreiung tritt daher erst dann ein, wenn diese Befriedigung durch Erfüllung oder Leistung an Erfüllungsstatt eingetreten ist (364, Abs. 1). Dieser Unterschied wird besonders wichtig, wenn der Schuldner ihm zustehende Forderungsrechte zur Befriedigung des Gläubigers benutzt, d. h. durch Uebertragung eines Inhaberpapieres, Anweisung, Check, Indossirung des Wechsels oder anderer Orderpapiere. Geschieht das zahlungshalber, so verpflichtet sich der Gläubiger, auf dem betreffenden Wege Befriedigung zu suchen. Nicht durch die Uebertragung ꝛc. wird die Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner getilgt, sondern erst dadurch, daß der Gläubiger auch auf dem angewiesenen Wege Befriedigung erhält. Geschieht das ohne seine, des Gläubigers, Schuld nicht, so bleibt die alte Schuld bestehen, die also einstweilen durch diesen Umstand resolutiv bedingt erscheint. Der gleiche Unterschied tritt hervor, wenn der Schuldner zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers diesem gegenüber eine neue Verbindlichkeit übernimmt. Möglich ist, daß Schuldner und Gläubiger damit die alte Schuld als endgültig getilgt ansehen wollen. Es gilt aber hier (364, Absatz 2) die Auslegungsregel, daß die neue Verbindlichkeit nur zahlungshalber begründet wird. Stellt der Schuldner also, um den Gläubiger zu befriedigen, einen Wechsel aus, so ist die Wechselverpflichtung im Zweifel nur zahlungshalber eingegangen[1]. Sie tritt dann auch nur neben die frühere Verbindlichkeit.

2. Die Leistung an Erfüllungsstatt tilgt die Schuld wie die Erfüllung und demnach auch definitiv. Stellt sich später beim Gläubiger bez. des hingegebenen Gegenstandes (Sache, Forderung gegen Dritte, sonstige Rechte) ein Mangel an der Sache selbst

[1] Ueber diese Fälle der „Obligirung an Zahlungsstatt", die auch unter dem Namen „unechte Schuldübertragung" zusammengefaßt sind: Unger, Schuldverhältnisse, S. 8, vgl. v. Blume, Novation, Delegation und Schuldübernahme, S. 86 ff.

Digitized by Google

oder im Rechte heraus, so kann der Gläubiger nur noch wegen dieser Mängel den Schadensersatzanspruch wegen Entwährung oder wegen Mängel nach den Grundsätzen des Kaufes geltend machen (vgl. auch 437). Kauf liegt aber nicht vor (365)[1].

3. Die gleiche Erfüllungswirkung wie die datio in solutium durch den Schuldner hat die durch den Dritten, soweit seine Leistung als Erfüllung in Betracht kommen kann. Die Haftung wegen Mängel (Z. 2) kann aber den Schuldner nur dann treffen, wenn der Dritte sein Vertreter war.

4. Leistung an Erfüllungsstatt ist Leistung aus dem ursprünglichen Schuldverhältniß. Ist dieses nichtig, so findet der Bereicherungsanspruch wegen Zahlung einer Nichtschuld Anwendung. Ihr rechtlicher Zweck ist aber Erfüllung. Die Leistung an Erfüllungsstatt aus einem vertragsmäßigen Schenkungsversprechen ist daher nicht etwa Schenkung, und deshalb findet auch in diesem Falle 365, nicht 523, 524, 526 Anwendung.

G. Erfüllung aus mehreren Schuldverhältnissen oder auf mehrere Forderungen aus demselben Schuldverhältniß (367), die auf gleichartige Leistungen gehen.

1. Reicht die vom Schuldner gemachte Leistung zur Tilgung aller Schulden hin, so besteht kein Zweifel. Deckt aber das Geleistete nicht alle Schulden, so wird zunächst zu fragen sein, ob Gläubiger und Schuldner nicht eine bestimmte Reihenfolge der Tilgung oder etwa antheilsmäßige Anrechnung auf alle Schulden vereinbart hatten. Liegt eine solche Vereinbarung vor, so kann der Gläubiger, wenn der Schuldner bei Angebot der Leistung von dieser Reihenfolge oder dem Tilgungsmodus abweicht, die Leistung zurückweisen, ohne in Verzug der Annahme zu gerathen. War im Voraus keine besondere Vereinbarung getroffen, so tilgt jede durch Angebot und Annahme perfekt gewordene Leistung die Schulden in der etwa bei der Erfüllung vereinbarten Weise. Eine im Voraus getroffene Vereinbarung kann durch eine spätere, besonders eine bei der Erfüllung selbst getroffene, ersetzt werden. Jede Vereinbarung schließt das Bestimmungsrecht des Schuldners (Z. 2) und sein Recht aus 366, Abs. 2 (Z. 3) schlechthin aus[2].

---

[1] Der Gläubiger kauft nicht das an Erfüllungsstatt hingegebene Objekt wirklich und rechnet dann seine ursprüngliche Forderung gegen die Kaufpreisforderung auf. Diese Konstruktion versagt schon wegen der möglichen Ungleichartigkeit der Forderungen.

[2] A. M. Planck zu 366.

Digitized by Google

2. Wenn eine Vereinbarung der Reihenfolge nicht vorliegt, so hat der Schuldner das einseitige und den Gläubiger bindende Bestimmungsrecht. Macht der Schuldner von diesem Gebrauch, so geräth der Gläubiger, der die Leistung nicht annimmt, in Verzug. Nimmt aber der Gläubiger an unter der Erklärung, auf eine andere als die vom Schuldner bestimmte Schuld anrechnen zu wollen, so ist gleichwohl die vom Schuldner bestimmte Schuld getilgt, wenn nicht der Anrechnungsvorschlag des Gläubigers vom Schuldner angenommen ist, also Vereinbarung[1] vorliegt (366, Abs. 1). Der Schuldner kann die Bestimmung stillschweigend und ausdrücklich treffen, sie ist einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft.

Das Bestimmungsrecht des Schuldners ist aber gesetzlich eingeschränkt. Stehen die mehreren Schulden in dem Verhältniß von Hauptschuld-, Kosten- und Zinsschuld, so wird die Leistung zunächst auf die Kosten, dann auf die Zinsen und endlich auf die Hauptschuld angerechnet. Der Gläubiger kann eine Leistung mit abweichender Tilgungsbestimmung ablehnen, ohne in Verzug zu gerathen. Nimmt er aber schlechthin an, so greift die Bestimmung des Schuldners Platz; es liegt nicht etwa Vereinbarung vor. Nimmt der Gläubiger unter Widerspruch an, so greift ebenso das Bestimmungsrecht des Schuldners Platz, wenn nicht anzunehmen ist, daß Gläubiger und Schuldner sich über die Zurückziehung der abweichenden Bestimmung geeinigt haben (367). Die Ablehnungsbefugniß des Gläubigers fließt aus der gesetzlichen Reihenfolgebestimmung. Wenn in der abweichenden Tilgungsbestimmung ein theilweises Angebot liegt, z. B. Angebot auf die Hauptleistung ohne auf die Verzugszinsen, so steht dem Gläubiger aus diesem Grunde die Befugniß zu, abzulehnen (266).

3. Liegt eine Bestimmung des Schuldners nicht vor, so steht dem Gläubiger ein einseitiges Bestimmungsrecht nicht zu, weder ein absolutes noch ein durch die Rücksicht auf das Interesse des Schuldners oder durch ein formales Widerspruchsrecht des Schuldners eingeschränktes. Es kann aber eine Vereinbarung über einen Vorschlag des Gläubigers getroffen werden; eine solche läge vor, wenn der Gläubiger sofort nach Empfang eine bestimmte Art der Anrechnung, z. B. in der von ihm ausgestellten Quittung, bezeichnet und der Schuldner sich dabei beruhigt. Liegt auch eine Vereinbarung nicht

[1] Dernburg a. a. O. S. 265 Bestimmung des Schuldners vor- Z. 2 nimmt an, daß in solchem Falle | liegt.

Digitized by Google

vor, so tritt eine gesetzliche Reihenfolge in Kraft, die sowohl die Interessen des Schuldners als die des Gläubigers zu wahren sucht. Fällige Schulden sind vor nicht fälligen, unter mehreren fälligen Schulden ist diejenige Schuld getilgt, die dem Gläubiger geringere Sicherheit bietet, also zunächst nicht die durch Pfänder, Bürgen, Vertragsstrafen gesicherten. Weniger sicher ist auch die einer kurzen Verjährung ausgesetzte Forderung als eine nach längerer Frist verjährende [1], und ebenso ist auch eine verjährte Schuld unsicherer als eine unverjährte [2]. Unter mehreren gleich sicheren Schuldenforderungen ist diejenige getilgt, die dem Schuldner lästiger ist (z. B. hinsichtlich des Ortes der Leistung), unter mehreren gleich lästigen die ältere, und bei mehreren gleich alten Schulden tritt verhältnißmäßige Tilgung aller Schulden ein (366, Abs. 2). Tritt außerdem das Verhältniß von Haupt-, Zinsen- und Kostenschuld hervor, ohne daß durch die Leistung alle gedeckt sind, so tritt die Vorschrift in 367, Abs. 1 ein, die auch auf Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung Anwendung findet.

4. Das grundsätzliche Bestimmungsrecht des Schuldners hat man aus der Natur des Erfüllungsgeschäftes zu erklären versucht (M. II. S. 86). Der Gläubiger könne grundsätzlich das Angebotene nur in dem Sinne annehmen, wie es angeboten ist. Wie aber, wenn der Gläubiger annimmt und erklärt, er wolle anders anrechnen, als der Schuldner bestimmt hat? Dann soll nach dem Gesetz doch die Tilgung der vom Schuldner bestimmten Schuld eintreten. Demnach kann der Hinweis auf die Natur des Erfüllungsgeschäftes nur sagen: die Mitwirkung des Gläubigers bei der Erfüllung sei insofern erforderlich, als er die angebotene Leistung als Erfüllungsleistung i. A. annehmen müsse, nicht aber insofern, als auch zwischen Gläubiger und Schuldner Willensübereinstimmung bez. der konkreten Schuld, die getilgt werden soll, vorliegen müsse; der Spezialkonsens über die zu tilgende Schuld sei nicht nothwendig, sondern nur Generalkonsens. Ist das zutreffend, so kann allerdings die Bestimmung des Schuldners der Erfüllung die bestimmte Richtung geben. Die Tilgung der vom Schuldner einseitig bestimmten Schuld ist nicht ge-

[1] A. M. Planck, S. 147. 178. Vgl. Dernburg a. a. O. S. 266; Note 9.

[2] Ob verjährte Schulden überhaupt in Betracht kommen, kann zweifelhaft sein. Der muthmaßliche Wille des Schuldners kann für sich nicht entscheidend sein; denn die Reihenfolge berücksichtigt auch das Interesse des Gläubigers. Vgl. v. Seeler, Arch. f. bürg. R. Bd. 15 (1898) S. 110 f. Planck, S. 147. 178.

Digitized by Google

hindert, wenn der Gläubiger unter der Erklärung annimmt, anders anrechnen zu wollen, als der Schuldner gewollt hat.

Vom Standpunkte der Spezialkonsenstheorie gelangt man dagegen für diesen Fall zu der mißlichen Folgerung, daß keines der beiden Forderungsrechte getilgt sein würde, weder das vom Schuldner noch das vom Gläubiger bestimmte. Wenn nun nach dem Gesetz das vom Schuldner bestimmte Schuldverhältniß durch Erfüllung getilgt sein soll, so nöthigt uns diese Bestimmung nicht, die Spezialkonsenstheorie für das Erfüllungsgeschäft überhaupt zu verwerfen; es liegt vielmehr eine Ausnahmebestimmung vor. Während in allen anderen Fällen die Bestimmung des Schuldners selbständig nicht hervortritt, sondern durch Annahme des Gläubigers in die Vereinbarung übergeht, hat sie hier selbständige Bedeutung. Die regelmäßige Struktur des Erfüllungsgeschäftes ist durchbrochen aus Gründen der Zweckmäßigkeit. Das Gesetz legt der Erklärung des Schuldners hinsichtlich der zu tilgenden Schuld eine überwiegende Bedeutung bei.

III. Recht des Schuldners auf Quittung[1] und Herausgabe des Schuldscheines.

A. Derjenige, der den Gläubiger ganz oder theilweise befriedigt, hat zur Sicherung des Beweises Anspruch auf Ausstellung eines schriftlichen Empfangsbekenntnisses[2]. Er kann die Leistung zurückhalten, solange der Gläubiger die Quittung verweigert. Bietet der Schuldner Erfüllung an und verlangt Quittung, so geräth der Gläubiger, der die Quittung verweigert, in Annahmeverzug. Auch Klage auf Quittung ist möglich. Die Form der Quittung ergiebt sich zunächst aus 126; verlangt der Schuldner Quittung in andrer Form (notarielle Beglaubigung; vgl. 1144. 1192. GBO. § 29 ꝛc.), so hat er ein rechtliches Interesse darzuthun (368). Lediglich zur Chikane darf auch dieses Recht nicht ausgeübt werden (226). Die Kosten der Quittung trägt der Schuldner, wenn nicht das Rechtsverhältniß ergiebt, daß der Gläubiger sie tragen muß, wie z. B.

[1] Vgl. Collatz, Jahrb. f. Dogmat. Bd. 40 (1899) S. 127 ff. Hellmann, Krit. VJSchr. Bd. 41 (1899) S. 245 f. Gegen Collatz, der die Bedeutung der Quittung als Beweismittel negirt Dernburg a. a. O. S. 258 Note 5 S. 262, Note 22. Vgl. Bd. II § 97.

[2] Der Gläubiger genügt im Zweifel seiner Pflicht durch Aushändigung der Quittung im Sinne eines Geständnisses; einen Beweisvertrag zu schließen oder gar ein vertragsmäßiges negatives Schuldanerkenntniß abzugeben, ist er nicht verpflichtet. A. M. Planck, S. 149 ff.

Digitized by Google

beim unentgeltlichen Depositum. Treten in Folge von Uebertragung der Forderung, Theilübertragungen oder Erbgang Mehrere an die Stelle des ursprünglichen Gläubigers, so fallen die Mehrkosten dem Gläubiger zur Last. Der Schuldner, der die Kosten zu tragen hat, ist auch verpflichtet, sie auf Verlangen vorzuschießen (369)[1].

B. Der Gläubiger hat Zug um Zug gegen Leistung auch den über die Schuld ausgestellten Schuldschein herauszugeben[2]. Das Recht auf Quittung wird dadurch nicht berührt. Behauptet der Gläubiger, zur Rückgabe des Schuldscheines nicht im Stande zu sein, so hat er auf seine Kosten eine sog. Mortifikationsurkunde dem Schuldner auszustellen, d. h. ein öffentlich beglaubigtes schriftliches Anerkenntniß (Anerkennungsvertrag), daß die Schuld erloschen sei. Der Anspruch auf Rückgabe des Schuldscheines ist dadurch nicht ausgeschlossen, wenn der Schuldner auch jetzt noch ein Interesse an der Rückgabe hat. Der Schuldner darf seine Leistung dann zurückbehalten, bis der Gläubiger beweist, daß ihm die Rückgabe ohne seine Schuld unmöglich ist, und das Anerkenntniß anbietet (371)[3].

IV. Die Beweislast.

Den Beweis der Erfüllung hat der Schuldner zu erbringen. Hat der Gläubiger aber eine Leistung als vertragsmäßige, richtige Erfüllung angenommen, so trifft ihn die Beweislast, wenn er behauptet, daß sie nicht Erfüllungsleistung oder unvollständig gewesen sei (363).

Rechtsvermuthungen zu Gunsten der Tilgung der Schuld z. B. auf Grund der Rückgabe oder Vernichtung des Schuldscheines kennt das BGB. nicht. Derartige Thatsachen können aber thatsächliche Vermuthungen begründen.

§ 93.

2. Die Hinterlegung[4].

Einen Weg, dem Gläubiger Befriedigung und dem Schuldner Befreiung von der Schuld zu schaffen, bietet das Recht in der Hinter-

[1] Bestimmungen des öffentl. R., die vielfach dem Gläubiger grundsätzlich die Kosten auferlegen, werden nicht berührt.

[2] Vgl. 797. 1144. 1167. 1150. 1145.

[3] So Dernburg, a. a. O. S. 261. A. M. Planck zu 371.

[4] Materialien: M. II. S. 91 ff. 102 ff. P. I. S. 342 ff.; IV S. 568 ff. 590. VI, S. 164 f. 461 f. BRK. S. 64 f.

Litteratur: Vgl. Bd. I § 81. Note 2. 1888: Bähr, Zur Beurtheilung, S. 35 ff. Laband, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 73, S. 203. 1889: Seuffert, Beitr., H. 11, S. 26. Koch, Beitr., H. 4, S. 25 ff. Fischer,

Digitized by Google

legung des Geschuldeten. Verschieden davon ist die Hinterlegung zum Zwecke der Sicherheitsleistung (232 ff.)[1].

I. Die Voraussetzungen der Hinterlegung.

A. Die Hinterlegung ist nur zulässig bei Gegenständen bestimmter Art: Geld, Kostbarkeiten, Werthpapieren und sonstigen Urkunden (372). Sie kann vom Schuldner, aber nicht von jedem Dritten ausgehen, der für den Schuldner leisten und den Gläubiger in Verzug setzen kann (vgl. B. Z. 4)[2].

B. Die Hinterlegung ist dem Schuldner nur dann gestattet, wenn er zur Erfüllung berechtigt ist (vgl. 271, Abs. 2), und wenn es an der Möglichkeit oder genügenden Sicherheit der Leistung an den Gläubiger für den Schuldner mangelt. Die Unmöglichkeit bez. Unsicherheit soll sich in einem in der Person des Gläubigers liegenden Umstande oder in einer nicht auf eigener Fahrlässigkeit beruhenden

---

Beitr., H. 6, S. 37 f. Kohler, Arch. f. bürg. R., Bd. 1, S. 355. Brückner, Blätter für Rechtspflege in Thüringen, Bd. 36, S. 114 ff. 1890: Jacoby, Annalen d. d. Reichs, S. 60 ff. Gebhart, GA., S. 271 ff. Westrum, GA., S. 238 ff. Bähr, Krit. VJSchr., Bd. 32, S. 196. 1892: Bähr, Gegenentwurf, S. 58 ff. Grützmann, Sächs. Arch., Bd. 2, S. 224 ff. Jakubezky, Bemerkungen, S. 60 f. 1895: Hirsch, Zur Revision der Lehre vom Gläubigerverzuge, S. 273 ff. Hruza, Sächs. Arch., Bd. 5 (E.A.), S. 37 f. 1897: Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse, S. 233 ff. Bunsen I § 57. 1898: Otto, Sächs. Arch. Bd. 8, S. 725 ff. Leske, § 51. Weyl I § 86. 1899: Kuhlenbeck, Von den Pandekten II, § 25. Cosack I, § 110. Krückmann § 46. v. Buchka § 12. Endemann I § 143. Dernburg, Das bürgerliche Recht II § 121—123. Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte, S. 442 ff.

[1] Das im Wesentlichen dem öffentlichen Recht angehörige Hinterlegungswesen ist an sich und durch EG. Art. 144—146 dem Landesrecht vorbehalten. Vgl. Preuß. AG. z. BGB. Art. 84. Mecklenb.-Schwer. VO. vom 9. April 1899. Oldenb. AG. z. BGB. §§ 38—42. Sachsen-Altenb. AG. z. BGB. §§ 26—29. Hamb. Hintleg.O. vom 14. Juli 1899. Anhalt, AG. z. BGB. Art. 15—26. Bad. AG. z. BGB. Art. 37. Württemberg. AG. z. BGB. Art. 143—171. Hess. AG. z. BGB. Art. 33. 34. Sachsen AG. z. BGB. § 4. VO. v. 24. Juli 1899. § 101 ff. Vgl. Schepp, Das öffentliche Recht im BGB. (1899) S. 41 f.

[2] Nach EG. Art. 146 können die Landesgesetze bestimmen, daß die Hinterlegungsstellen auch andere Sachen anzunehmen haben. Ist das der Fall, so sollen auf die Schuldverhältnisse, die auf Leistung solcher Sachen gehen, die Vorschriften über die Hinterlegung des BGB. Anwendung finden. Die Landesgesetze können hier auch die Voraussetzungen regeln, unter denen die Hinterlegungsstellen annehmen sollen (Annahmepflicht ohne Prüfung des Gesuches — mit sachlicher Prüfung).

Digitized by Google

Ungewißheit des Schuldners über die Person des Gläubigers gründen. Demnach gehören folgende Fälle hierher:

1. Der Gläubiger ist in Annahmeverzug,

2. er ist abwesend, verschollen oder veräußerungsunfähig, ohne daß ein Vertreter für ihn bestellt ist, oder die Forderung ist mit Arrest belegt.

3. Es treten mehrere Forderungsprätendenten auf, während es entweder zur Zeit noch objektiv ungewiß ist, wer als Gläubiger legitimirt ist (z. B. bei der Erbfolge), oder es doch dem Schuldner unbekannt ist, wer der Gläubiger ist. Diese subjektive Ungewißheit darf aber nicht auf Fahrlässigkeit beruhen; wenn Zweifel für den Schuldner in dieser Richtung bestehen, so müssen diese solche sein, die ein verständiger Mann hegen würde. Die subjektive Ungewißheit kann sich sowohl in Unkenntniß und Zweifel über Thatsachen wie über die rechtliche Beurtheilung von Thatsachen gründen.

4. Positiv ist die Hinterlegung eingeräumt im Falle des Ablösungsrechtes (268, Abs. 2. 1142. 1171. 1224).

C. In gewissen Fällen ist die Hinterlegung nicht sowohl ein Recht des Schuldners, als auch eine Pflicht desselben. Der Gläubiger darf die Hinterlegung fordern, so z. B. können Gläubiger und Nießbraucher einer im Nießbrauch stehenden Forderung vom Schuldner statt der Zahlung die Hinterlegung für sie beide verlangen (1077, vgl. 1281. 432. HGB. § 646. CPO. § 930). In diesen Fällen ist der Schuldner verpflichtet gemäß 378 (II. B) zu hinterlegen[1].

D. Wirkung hat die Hinterlegung immer nur, wenn der Leistungsgegenstand so, wie er geschuldet wird, hinterlegt wird (III.).

II. Die Hinterlegung.

Die Hinterlegung ist die öffentliche, d. h. sie hat bei einer dazu bestimmten öffentlichen Stelle (Hinterlegungsstelle) zu erfolgen. Die Hinterlegung soll erfolgen bei der Hinterlegungsstelle des Leistungsortes; erfolgt sie dort nicht[2], so hat der Schuldner dem Gläubiger den daraus erwachsenden Schaden zu ersetzen (374, Abs. 1). Der Hinterlegung geht nicht ein ihre Voraussetzungen prüfendes Vorverfahren, keine amtliche Zulassung der Hinterlegung, keine Aufforderung an den Gläubiger voraus, sie erfolgt vielmehr selbständig durch den Schuldner. Die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Hinterlegung ist in

[1] Hellwig a. a. O. S. 443

[2] Die Hinterlegungsstelle kann nach den für sie geltenden Bestimmungen allerdings befugt sein, bei nicht vorliegender örtlicher Zuständigkeit die Hinterlegung abzulehnen. EG. Art. 144. 145.

Digitized by Google

das Verfahren über die Hauptsache verlegt. Der Schuldner hat nur, wenn das nicht unthunlich ist, dem Gläubiger unverzüglich die geschehene Hinterlegung anzuzeigen. Ungerechtfertigte Unterlassung dieser Anzeige macht den Schuldner ersatzpflichtig (374, Abs. 2).

Die Hinterlegung erfolgt durch Ablieferung des Gegenstandes an die Hinterlegungsstelle für den Gläubiger und vollendet sich mit der Annahme seitens der Hinterlegungsstelle. Erfolgt die Ablieferung durch Zusendung durch die Post, so ist die Hinterlegung vollendet mit der Aufgabe zur Post (375).

III. Die Wirkung.

A. Die rechtsgültige Hinterlegung ist nicht Erfüllung, auch nicht Surrogat einer solchen, sondern nur ein Weg, der zur Erfüllung führen kann, weil grundsätzlich der hinterlegende Schuldner in der Lage ist, das Hinterlegte zurückzunehmen (376, Abs. 1). Weil ein der Erfüllung gleichstehender Akt nicht vorliegt, kann der Schuldner, der hinterlegt hat, nicht die Gegenleistung aus dem gegenseitigen Vertrage, können Dritte nicht die Freigabe des Pfandes fordern.

1. Der Schuldner, sein Bürge und dritte Pfandbesitzer können den Gläubiger auf den hinterlegten Gegenstand verweisen. Es tritt keine auflösend bedingte Befreiung des Schuldners ein[1], vielmehr erhält der Schuldner ein Verweigerungsrecht (Einrede). Bei Gattungsschulden tritt mit der Hinterlegung die definitive Ausscheidung ein. Den Schuldner trifft keinerlei Bewachungspflicht mehr.

Der Gläubiger trägt die Gefahr des hinterlegten Gegenstandes. Die Pflicht des Schuldners, Zinsen zu zahlen, hört wie die zum Ersatz nicht gezogener Nutzungen auf (379, Abs. 1 u. 2)[2].

2. Erfolgt die Rücknahme des hinterlegten Gegenstandes, so gilt die Hinterlegung als nicht erfolgt (379, Abs. 3). Damit trägt also wieder der Schuldner auch für die Zeit der Hinterlegung die Gefahr, und die Verpflichtung, Zinsen zu zahlen[3], nicht gezogene Nutzungen ersetzen zu müssen, lebt rückwärts wieder auf. Diese Nachtheile werden den Schuldner von der Rücknahme abhalten. Der Rückgabeanspruch des Hinterlegenden fließt aus seinem Verhältniß zur Hinterlegungsstelle (Fiskus), das regelmäßig Verwahrung sein wird[4].

---

[1] Diese im gem. R. herrschende Ansicht vertritt Kohler, Arch f. bürg. R. Bd. 13 (1897) S. 214 für das BGB. Dagegen Oertmann, S. 109.

[2] Die Verpflichtung zum Ersatz nicht gezogener Nutzungen hört bei Annahmeverzug schon mit diesem auf (302).

[3] Abgesehen natürlich vom Falle des Annahmeverzuges (300, Abs. 1).

[4] EG. Art. 145. Nach Landesrecht kann der Anspruch eigenartig gestaltet sein, z. B. nach Analogie von BGB.

Digitized by Google

B. Ist aber das Zurücknahmerecht ausgeschlossen, so hat die Hinterlegung volle Erfüllungswirkung, und zwar deshalb, weil die Sache, der Verfügung des Schuldners gänzlich entrückt, in der denkbar zuverlässigsten Weise für den Gläubiger bereit gehalten wird. Der Schuldner wird von seiner Schuld befreit, wie wenn er zur Zeit der Hinterlegung geleistet hätte (378).

1. Das Recht der Zurücknahme ist ausgeschlossen durch einen Verzicht des Schuldners, den er der Hinterlegungsstelle bei oder nach Hinterlegung erklärt, ferner dadurch, daß der Gläubiger der Hinterlegungsstelle die Annahme erklärt und wenn der Hinterlegungsstelle ein zwischen Gläubiger und Schuldner ergangenes rechtskräftiges Urtheil vorgelegt wird, welches die Hinterlegung für rechtmäßig erklärt. Ein solches Urtheil kann im Prozesse über die Leistungsklage des Gläubigers oder über die Feststellungsklage des Schuldners ergangen sein. Bei unrechtmäßiger Hinterlegung wird das Recht zur Zurücknahme auch durch Verzicht nicht ausgeschlossen (376, Abs. 2).

2. Das Rücknahmerecht ist nicht pfändbar, gehört demnach auch nicht zur Konkursmasse. Selbstverständlich ist, daß, wenn bei Konkurseröffnung das Rücknahmerecht schon erloschen war, der hinterlegte Gegenstand nicht zur Konkursmasse gezogen werden kann, da auch dem Schuldner das Recht nicht mehr zusteht, die Sache in seine Verfügung zu bringen. Bestand das Rücknahmerecht aber noch, so gilt das Gleiche kraft der positiven Bestimmung, aber nicht in Uebereinstimmung mit der an sich bei nicht ausgeschlossenem Rücknahmerecht gegebenen Rechtslage. Das Rücknahmerecht wird also im Interesse der Realisirung des Erfüllungszweckes als höchstpersönliches Recht hingestellt. Aus dem gleichen Gesichtspunkt erklärt es sich, daß das Recht der Zurücknahme während des Konkurses auch von dem Schuldner nicht ausgeübt werden kann (377).

3. Durch die Hinterlegung tritt der Schuldner in ein civilrechtliches Vertragsverhältniß zu der Hinterlegungsstelle bez. dem Fiskus. Da die Hinterlegung für den Gläubiger erfolgt, so ist der Vertrag zu Gunsten des Gläubigers geschlossen[1] und der Gläubiger erwirbt unmittelbar mit dem Hinterlegungsvertrage ein durch den Schuldner widerrufliches, bei Ausschluß des Rücknahmerechtes ein definitives Forderungsrecht gegen die Hinterlegungsstelle. Dieser An-

---

700, wenn nach dem Landesrecht das hinterlegte Geld in das Eigenthum des Staates übergeht.

[1] Zweifelnd unter Hinweis auf 329 Hellmann, Krit. VJSchr. Bd. 41 (1899), S. 238 f.

Digitized by Google

spruch geht auf Ausfolgung des Gegenstandes bez. auf Herausgabe des hinterlegten Betrages, je nachdem Eigenthum auf die Hinterlegungsstelle übergeht oder nicht. Ob der Gläubiger, sobald sein Forderungsrecht entstanden ist, schlechthin fordern kann, bestimmt sich nach der Natur des Schuldverhältnisses, das durch die Hinterlegung keine Aenderung erleidet. Bei gegenseitigen Verträgen, die Zug um Zug zu erfüllen sind, kann der Gläubiger nur fordern, wenn er seinerseits die Gegenleistung bewirkt hat. Der Schuldner hat daher das Recht, bei der Hinterlegung das Recht des Gläubigers zum Empfange der hinterlegten Sache von der Bewirkung der Gegenleistung abhängig zu machen (373).

Der Gläubiger, der die hinterlegte Sache von der Hinterlegungsstelle fordert, muß sich dieser legitimiren. Wie diese Legitimation zu beschaffen ist, bestimmen die Landesgesetze. Fordern diese eine die Empfangsberechtigung des Gläubigers anerkennende Erklärung des Schuldners, so ist der Schuldner diese abzugeben dem Gläubiger verpflichtet unter den gleichen Voraussetzungen, unter denen er, wenn keine Hinterlegung erfolgt wäre, leisten müßte (380).

Das Recht des Gläubigers auf den hinterlegten Betrag erlischt mit dem Ablaufe von 30 Jahren nach dem Empfange der Anzeige von der Hinterlegung oder nach der Hinterlegung selbst, wenn die Anzeige als unthunlich unterblieben war. Das Recht des Gläubigers erlischt daher durch Zeitablauf nicht, wenn die Anzeige, obwohl sie thunlich war, unterblieben ist (374, Abs. 2)[1]. Ist das Recht des Gläubigers erloschen, so kann der Schuldner zurücknehmen, auch wenn er verzichtet hat (382)[2].

IV. Die Hinterlegungskosten.

Die Kosten der Hinterlegung fallen dem Gläubiger zur Last, dem Schuldner, wenn er von der Zurücknahmebefugniß Gebrauch macht (381).

§ 94.

3. Der Selbsthülfeverkauf[3].

I. In den Fällen, in denen eine bewegliche Sache geschuldet wird, die zur Hinterlegung nicht geeignet ist, kann der Schuldner, wenn sonst die Voraussetzungen der Hinterlegung vor-

[1] Oertmann S. 110. A. M. Planck S. 164.

[2] Vgl. 1171. 1269. Nach EG. Art. 145 kann das Landesrecht ein näher beschränktes Anfallsrecht des Fiskus oder der Hinterlegungsanstalt festsetzen.

[3] Materialien und Litteratur: vgl. Bd. I, § 93, Note 4.

Digitized by Google

liegen (372), den geschuldeten Gegenstand verkaufen und den Erlös hinterlegen und so die Befriedigung des Gläubigers nach Bd. I, § 93 bewirken (383, Abs. 1).

II. Die Voraussetzungen.

A. Gemeinsam ist, daß in allen Fällen der Verkauf zunächst im Wege der Versteigerung zu erfolgen hat. Die Versteigerung soll am Leistungsorte erfolgen oder, wenn hier ein angemessener Erfolg nicht zu erwarten ist, an einem andern geeigneten Orte (383, Abs. 2). Der Schuldner, der diese Vorschrift nicht beachtet, macht sich schadensersatzpflichtig, während die Versteigerung selbst eine rechtmäßige ist[1]. Die Versteigerung ist eine öffentliche, d. h. sie muß durch einen für den Versteigerungsort bestimmten Gerichtsvollzieher, einen zur Versteigerung befugten anderen Beamten oder einen öffentlich angestellten Versteigerer und öffentlich erfolgen. Zeit und Ort der Versteigerung sind unter allgemeiner Bezeichnung der Sache öffentlich bekannt zu machen (383, Abs. 3). Die Versteigerung muß vor ihrer Vornahme dem Gläubiger angedroht sein, außer, wenn die Sache dem Verderben ausgesetzt oder Gefahr im Verzuge ist (384, Abs. 1). Der Schuldner hat den Gläubiger von der erfolgten Versteigerung unverzüglich zu benachrichtigen; Unterlassung verpflichtet den Schuldner zum Schadensersatz. — Androhung und Benachrichtigung dürfen unterbleiben, wenn sie unthunlich sind (384, Abs. 2. 3).

Freihändiger Verkauf durch einen zu solchen Verkäufen öffentlich ermächtigten Handelsmakler oder durch eine für öffentliche Versteigerung befugte Person zum laufenden Preise kann stattfinden, wenn die Sache einen Börsen- oder Marktpreis hat (385).

B. Der Selbsthülfeverkauf ist im Falle des Annahmeverzuges schlechthin statthaft, in den übrigen Fällen nur, wenn der Verderb der Sache zu besorgen oder die Aufbewahrung mit unverhältnißmäßigen Kosten verbunden ist (383, Abs. 1).

III. Die Wirkung.

Die Versteigerung für sich befreit den Schuldner noch nicht, sondern erst die öffentliche Hinterlegung des Erlöses nach Bd. I, § 93. Es tritt also nicht etwa erst an die Stelle der ursprünglichen Verpflichtung die Verpflichtung zur Hinterlegung.

IV. Die Kosten des Selbsthülfeverkaufes trägt der Gläubiger;

---

[1] So Oertmann, S. 112. A. M. Planck S. 165 f.

Digitized by Google

nimmt der Schuldner den Erlös von der Hinterlegungsstelle zurück, so trägt sie der Schuldner (386).

§ 95.

4. Die Aufrechnung[1].

Schuldverhältnisse, die zwischen zwei Personen bestehen, können dadurch erlöschen, daß die Forderungen aus ihnen gegeneinander aufgerechnet werden. Aufrechnung ist nicht Erfüllung, da der

[1] Materialien: M. I. S. 315. 343, II. S. 104 ff. P. I. S. 217. 224. 229. 336 f. 361 ff. 391 VI, S. 166 f. 409. 647. 659. 665. Begründung d. Nov. z. CPO., S. 90. 102 f. 112 f. BRK. z. Nov. z. CPO. S. 302 f.

Litteratur: 1888: Hölder, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 73, S. 146 ff. Laband, ebenda, S. 205 ff. Jacoby, Annalen d. d. Reichs, S. 588 ff. Zródlowski, Kodifikationsfragen, S. 84. 1889: Bähr, Jur. Tag 20, Bd. 1, S. 300 ff. Hanauſek, ebenda, S. 326. 332. Jur. Tag 20, Bd. 4, S. 32. 41. 44 ff. 49. 60. 415. Bähr, Arch. f. bürg. Recht, Bd. 2, S. 109 ff. Seuffert, Beitr., H. 11, S. 26 ff. Gierke, Der Entwurf, S. 175. 177. 202. Lippmann, Zeitschrift f. d. Civ.-Pr., Bd. 13, S. 80 ff. 1890: Unger, Jahrb. f. Dogm., Bd. 29, S. 27. Goldſchmidt, Jur. Tag 21, Bd. 1, S. 121 ff. Meyer, GA., S. 951. Jacoby, Annalen des D. Reiches, S. 63 ff. Weſtrum, GA., S. 240 ff. Gebhart, GA., S. 274 ff. Martinius, GA., S. 62. Bähr, Krit. VJSchr., Bd. 32, S. 196. Jacoby, Zeitschr. f. d. Priv.- u. öff. Recht, Bd. 17, S. 172. 1891: Huber, Jur. Tag 21, Bd. 2, S. 10 ff. Reinhold, Gruch. Beitr., Bd. 35, S. 246 ff. 1892: Jakubezky, Bemerkungen, S. 62 ff. Grützmann, Sächſ. Arch., Bd. 2, S. 226 ff. Bähr, Gegenentwurf, S. 61 ff. 1893: Lippmann, Jahrb. f. Dogm., Bd. 32, S. 157 ff. 1894: Cretſchmar, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 82, S. 131 ff. Peterſen, Zeitſchr. f. d. Civ.-Pr., Bd. 19, S. 104 ff. 247 ff. Kohler, ebenda, Bd. 20, S. 1 ff. Conrades, Zeitſchr. f. d. geſ. Handelsr., Bd. 43, S. 52 ff. 1896: Fürſt, Gruch. Beitr., Bd. 40, S. 322 ff. Hartmann, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 85, S. 55 ff. Meyer, ebenda, S. 148 ff. Geib, ebenda, S. 161 ff. Derſelbe, Zeitſchr. f. d. Civ.-Pr., Bd. 22, S. 527 ff. Leonhard, F., Die Aufrechnung. 1897: Prieſter, Ipso jure compensator. Liebknecht, Kompenſationsvollzug u. Kompenſationsvorbringen (Diſſert.) Stammler, Recht der Schuldverhältniſſe, S. 240 ff. Förtſch, Sächſ. Arch. Bd. 7, S. 401. Bunſen 1, § 58. 1898: Meyer, Bl. f. Rechtsanwendung, Bd. 63, S. 269 ff. Stölzel, Zeitſchr. f. d. Civ.-Pr., Bd. 24, S. 50 ff. 415 ff. Eccius, Gruch. Beitr., Bd. 42, S. 15 ff. 233 ff. Mansfeld, D. Jur.-Zeitg., Jahrg. 3, S. 255 ff. Otto, Sächſ. Arch. Bd. 8, S. 728 ff. Deichmann, Gruch. Beitr. Bd. 42, S. 257 ff. 562 ff. Förtſch, ebenda, S. 225 ff. v. Seeler, Arch. f. bürg. R. Bd. 15, S. 104 ff. Kohler, Zeitſchr. f. d. Civ.-Pr. Bd. 24, S. 1 ff. Stölzel, Schulung für d. civ. Praxis Bd. 2 (2. Aufl.). Liebknecht, Vorbehaltszahlung und Eventualaufrechnung. Leske, § 51. Weyl I, § 87. Mandry-Geib, S. 253. 288 ff. 436. 441 ff. 448. 1899: Kuhlenbeck, Von den Pandekten II, § 26. Siber,

Digitized by Google

Gläubiger nicht Befriedigung erhält. Sie ist nur ein Mittel, die Forderung aufzuheben, das sich der Gläubiger gefallen lassen muß und das der Erfüllung vielfach gleichsteht.

Die Aufrechnung kann durch die Betheiligten vereinbart sein (Aufrechnungsvertrag). Jeder Theil verzichtet in Höhe der Gegenforderung auf die eigene Forderung gegen Aufhebung der Gegenforderung[1]. Vom Aufrechnungsvertrage sind solche Verträge zu unterscheiden, die nur die gesetzlichen Regeln der Aufrechnung ausschließen oder abändern (vgl. I, E. Z. 5), aber selbst keine Aufrechnung herbeiführen.

Außerdem besteht ein gesetzliches Recht auf Aufrechnung.

I. Voraussetzungen. Das gesetzliche Recht zur Aufrechnung entsteht, sobald zwei Personen gegeneinander rechtsbeständige, gleichartige und fällige Forderungen haben. Die Voraussetzungen der Aufrechnung müssen im Zeitpunkte der Aufrechnungserklärung vorliegen. Liegen sie nicht vor, so ist die dennoch erklärte Aufrechnung ohne Wirkung für den Bestand der Forderungen[2].

A. Rechtsbeständigkeit der Gegenforderungen.

Die bei der Aufrechnung verwendeten Forderungen und Gegenforderungen müssen gültig, dürfen also nicht nichtig oder anfechtbar sein.

In den Fällen, in denen das BGB. abgeschwächte, natürliche Schuldverhältnisse anerkennt, wie z. B. beim Spiel, kann die aktive Aufrechnung nicht in Frage kommen. Auch eine durch Einrede entkräftete Gegenforderung ist aktiv zur Aufrechnung nicht geeignet. Das gilt sowohl von peremptorischen wie dilatorischen Einreden,

---

Kompensation u. Aufrechnung. Cosack I, § 111. Krückmann, § 46. v. Buchka, § 12. Endemann I, §§ 144—147. Dernburg, Das bürgerl. R. II, 124—129. Goldschmidt, J., Der Widerspruch gegen die Aufrechnungserklärung ꝛc. (S.A. Arch. f. bürg. R. Bd. 15 S. 153 ff.) Weismann, Zeitschr. f. d. Civ.-Proz. Bd. 26, S. 1 ff. Götte, Arch. f. bürg. R. Bd. 17, S. 164 ff.

[1] Beide Erlaßverträge werden sich im Zweifel so zu einander verhalten, daß der eine nur um des andern willen abgeschlossen wird (causa). Auch Vorverträge zu Aufrechnungsverträgen (pactum de compensando) kommen vor (Skontration, Kontokorrentvertrag). Uebrigens ist der Aufrechnungsvertrag auch unter den Gesichtspunkt der Zahlung gestellt worden. Vgl. Fischer, Ueber die Bedeutung der einfachen Rechnung und des Kontokorrentes im heutigen R. (1899).

[2] A. M. Kohler a. a. O. (1898) S. 20, der entgegen 387 eine Verfügung über die Forderung mit der Wirkung ihrer Aufhebung annimmt, die nur im Wege der Kondiktion rückgängig gemacht werden könnte.

Digitized by Google

z. B. den Einreden aus dem Zurückbehaltungsrechte, dem nicht erfüllten Vertrage, aus dem pactum de non petendo. Eine verjährte Forderung kann dagegen aufgerechnet werden. Die allgemeine Zulassung der Aufrechnung mit verjährten Gegenforderungen würde allerdings den Zweck der Verjährung durchkreuzen; die allgemeine Ablehnung wäre unbillig, weil der Schuldner keine Veranlassung hatte, seine Forderung geltend zu machen, solange der Gegner nicht mit seiner Forderung hervortrat. Daher wird im BGB. die Aufrechnung mit einer verjährten Gegenforderung zugelassen, wenn zu der Zeit, als die Forderung und Gegenforderung aufgerechnet werden konnten, die Verjährung noch nicht eingetreten war (390)[1].

Möglich ist dagegen die Aufrechnung passiv gegen eine klaglose oder durch Einrede entkräftete Forderung; denn die Einrede giebt nur ein Verweigerungsrecht, hebt aber die Forderung nicht auf. Wird gegen die mit der Einrede behaftete Forderung in Kenntniß der Einrede aufgerechnet, so liegt darin ein Verzicht auf die Einrede; wird aber die Aufrechnungserklärung in Unkenntniß der Einrede abgegeben, so tritt der Erfolg der Aufhebung von Forderung und Gegenforderung ebenso ein. Ob Kondiktionshülfe eintritt, ist nach den Grundsätzen für diese zu beantworten (vgl. Bd. I, § 141, III).

B. Die Forderungen müssen gegenseitige sein. Die Forderungen müssen unter denselben Personen bestehen; der Gläubiger der einen Forderung ist Schuldner der anderen. Ist ein Dritter in der Lage, für den Schuldner zu erfüllen, so kann er die fremde Schuld nicht durch Aufrechnung einer ihm gegen den fremden Gläubiger zustehenden Forderung tilgen (387). Diesem Erforderniß der Gegenseitigkeit entspricht es, wenn ein Gesammtschuldner nicht Gegenforderungen des Mitschuldners und der Schuldner gegen den einen Gesammtgläubiger nicht Forderungen gegen einen Mitgläubiger aufrechnen kann (422, Abs. 2, 429, Abs. 3). Ferner kann der Bürge nicht Forderungen des Hauptschuldners gegen den Gläubiger aufrechnen (770, Abs. 2). Dem Gläubiger bei der Schuldübernahme ist die Aufrechnung mit Forderungen an den bisherigen Schuldner und dem Uebernehmer die Aufrechnung mit Gegenforderungen des bisherigen Schuldners versagt (417). Jedoch ist das Prinzip durchbrochen.

1. Die Aufrechnung ist in 268, Abs. 2, und in den sonstigen Fällen des Ablösungsrechtes (1150. 1192. 1200. 1107. 1249) dem

[1] Ausnahme: 479. 639, Abs. 1.

Digitized by Google

Ablösungsberechtigten gestattet, der von seinem Rechte Gebrauch macht. Jedoch liegt hier vielmehr eine Abweichung von dem Grundsatz unter A. vor. Der Ablösungsberechtigte rechnet nicht auf gegen eine Forderung des Gläubigers auf den Kaufpreis für das auf den Ablösungsberechtigten übergegangene Recht. Diese Konstruktion, welche die Aufrechnung als völlig normal erscheinen ließe, würde für eine Reihe von Fällen des Ablösungsrechtes unzutreffend sein (z. B. 1192, Abs. 2. 1200, Abs. 1. 1107). Der Ablösungsberechtigte hat aber auch nicht das Recht, eine fremde Schuld zu erfüllen, so daß es nur an dem Erforderniß gegenseitiger Forderungen fehlen würde, sondern er wendet kraft seiner Leistung, die eine Befriedigung des Gläubigers nicht enthält, die Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstücke ab. Geschieht das durch Aufrechnung, so hat diese folgeweise ganz anomalen Charakter[1].

2. Obwohl Gegenseitigkeit der Forderungen nicht vorliegt, ist Aufrechnung dennoch gestattet:

a. Während der frühere Gläubiger nach der Abtretung der Forderung mit dieser nicht mehr aufrechnen kann, ist es dem Schuldner gestattet (406), mit Gegenforderungen an den bisherigen Gläubiger dem neuen Gläubiger gegenüber aufzurechnen, außer, wenn der Schuldner die Gegenforderungen erst nach Kenntniß von der Abtretung erworben hat oder wenn sie später als die abgetretene Forderung und nach Kenntniß des Schuldners fällig wurden (vgl. die analogen Fälle in: 2019, Abs. 2. 2111. 574. 575).

b. Der Vorerbe kann nach Eintritt der Nacherbfolge, solange er hiervon keine Kenntniß erlangt hat, auch über Nachlaßforderungen durch Aufrechnung verfügen (2140).

C. Gleichartigkeit der Forderungen bez. des Gegenstandes der Leistung. Daher sind vorzugsweise Forderungen auf Geld oder andere vertretbare Sachen aufrechenbar. Auch die Gleichartigkeit muß im Zeitpunkte der Aufrechnung vorliegen. Ursprünglich nicht aufrechenbare (auch dingliche) Gegenforderungen können aufrechenbar werden (387). Völlig gleichartig sind die Gegenforderungen nur, wenn für beide der gleiche Leistungs- oder Ablieferungsort besteht, jedoch ist die Aufrechnung durch eine derartige Ungleichartigkeit nicht ausgeschlossen; der Aufrechnende hat nur dem andern Theile den Schaden zu ersetzen, den er dadurch erleidet, daß er in Folge der Aufrechnung nicht an dem bestimmten Orte Leistung erhält oder seiner-

[1] So Siber a. a. O., S. 81 ff.

Digitized by Google

seits Leistung bewirken kann (391, Abs. 1). Der andere Theil hat z. B. zum Empfange oder zur Erbringung der Leistung am Leistungsorte Vorkehrungen getroffen. Die Bestimmung fließt aus dem allgemeinen Prinzip, daß durch die Aufrechnung der Gegner im Erfolge ebenso gestellt sein muß, als wenn die Erfüllung einträte. Die beiderseits geschuldeten Gegenstände müssen also in dem Sinne gleichartig sein, daß der Aufrechnungsgegner in dem von ihm geschuldeten Gegenstande Befriedigung für seinen Gegenanspruch findet.

D. Fälligkeit der Gegenforderungen. Der Aufrechnende muß die ihm geschuldete Leistung verlangen, die von ihm geschuldete bewirken können. Der Schuldner unter Befristung ist demnach nach Maßgabe des § 271, Abs. 2 zur Aufrechnung befugt. Aus bloßer Nachsicht gewährte Zahlungsfristen schieben die Aufrechenbarkeit nicht hinaus.

Liquidität ist ein materielles Erforderniß der Aufrechnung nicht. Illiquid sind bestrittene oder solche Forderungen, zu deren Feststellung sonst ein weiteres Verfahren nöthig ist. Gleichgültig ist auch, ob die Gegenforderungen aus demselben oder aus verschiedenem Rechtsgrunde erwachsen sind (vgl. IV.).

E. In gewissen Fällen ist die Aufrechnung ausgeschlossen. Der Grund der Ausnahmen liegt in dem Interesse Dritter, im öffentlichen Interesse oder in der Qualität der Schuld. Es gehören als wichtigere Fälle hierher[1]:

1. Ist eine Forderung beschlagnahmt (CPO. §§ 829. 930), so ergeht an den Drittschuldner (den Schuldner aus der beschlagnahmten Forderung) das Erfüllungsverbot, mit dessen Zustellung die Beschlagnahme vollendet ist. Der Drittschuldner ist an sich durch das Erfüllungsverbot nicht gehindert, die beschlagnahmte Forderung durch Aufrechnung zu tilgen. Im Interesse Desjenigen, der die Beschlagnahme erwirkt hat, ist aber eine Einschränkung des Rechtes zur Aufrechnung erforderlich:

a. Ist die Gegenforderung des Drittschuldners erst nach der Vollendung der Beschlagnahme erworben, so ist die Aufrechnung ausgeschlossen, ebenso

b. wenn sie zwar schon vor der Beschlagnahme erworben, aber erst nach der Beschlagnahme und zwar später als die in Beschlag genommene Forderung fällig geworden ist, damit nicht der Dritt-

[1] Vgl. HGB. §§ 221. 320, Abs. 3. Reichsges., betr. d. Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20. April 1892. § 12. Genossenschaftsgesetz vom 1. Mai 1889. (12. Aug. 1896) § 22.

Digitized by Google

schuldner die Erfüllung der fällig gewordenen beschlagnahmten Forderung bis zur Fälligkeit der Gegenforderung verzögern und durch Aufrechnung das Recht Desjenigen, der eine der Aufrechnung nicht unterliegende Forderung mit Beschlag belegt hatte, vereiteln kann (392)[1].

c. Immer bezieht sich der Ausschluß der Aufrechnung in diesen Fällen nur auf Denjenigen, der die Beschlagnahme erwirkt hat. Dem Gläubiger der beschlagnahmten Forderung gegenüber ist die Aufrechnung nicht beschränkt.

Schuldet z. B. A. an B. 100 (Fälligkeit: 15. Januar 1900), B. an A. 100 (Fälligkeit: 15. März) und würde C, der Gläubiger des B., die Forderung des B. an A. am 15. Januar beschlagnahmen, so kann A. mit seiner Forderung dem B. gegenüber nach a aufrechnen, nicht aber nach b, soweit der C sein Recht aus der Beschlagnahme geltend macht (c.).

2. Gegen Forderungen aus vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlungen (823 ff.) ist Aufrechnung ausgeschlossen (393, vgl. 273, Abs. 2).

3. Gegen nicht pfändbare Forderungen (nicht nur solche, die nach CPO. §§ 850. 851. 852 nicht pfändbar sind) findet Aufrechnung nicht statt, auch nicht die solcher Gegenforderungen, die aus demselben Rechtsverhältnisse herrühren[2]. Gegen die Forderung auf Hebungen aus Kranken-, Hülfs- oder Sterbekassen, Knappschaftskassen und Kassen der Knappschaftsvereine können aber Gegenforderungen auf die geschuldeten Beiträge aufgerechnet werden (394, vgl. 400)[3].

4. Gegen Forderung des Reiches, eines Bundesstaates, einer Gemeinde oder sonstigen Gemeindeverbandes ist Aufrechnung nur zulässig, wenn die Gegenforderung aus derselben Kasse zu berichtigen ist, an welche die Leistung auf die aufzurechnende Forderung zu erfolgen hat (395).

5. Selbstverständlich kann der zur Aufrechnung berechtigte

[1] Vgl. 406. 574.

[2] Vorbehalt für das Landesrecht: EG., Art. 81. 95. Vgl. Mecklenb.-Schwer. AV. z. BGB. § 38. Mecklenb.-Strel. AV. z. BGB. § 37. Bayer. AG. z. BGB. Art. 12. 21. Preuß. AG. z. BGB. Art. 14 § 1, Abs. 3. Oldenb. AG. z. BGB. § 3. Sachsen-Altenb. AG. z. BGB. §§ 30. 31. Sachsen-Weim. AG. z. BGB. § 30. 31. Braunschwg. AG. z. BGB. § 22. Hess. AG z. BGB. Art. 35.

[3] Vgl. Oertel, Sächs. Arch. Bd. 8 S. 607 ff. Schepp, Das öffentl. R. im BGB. (1899) S. 44 f.

Digitized by Google

Gläubiger auf das Aufrechnungsrecht schon bei Begründung der Forderung oder später ausdrücklich oder stillschweigend verzichten. Auch kann die Aufrechnung durch stillschweigende oder ausdrückliche Vereinbarung ausgeschlossen oder in ihren gesetzlichen Voraussetzungen abgeändert sein. Eine solche liegt im Zweifel in der Abmachung, daß an einem bestimmten Orte zu einer bestimmten Zeit zu leisten ist. Hier kann mit Gegenforderungen aufgerechnet werden, für die ein anderer Leistungsort besteht (391, Abs. 2). Hieher gehört ferner der Vertrag (Anrechnungsvertrag), der die Anrechnung nach 396 abändert (vgl. II. D.).

6. Wo an sich die Voraussetzungen der Aufrechnung erfüllt sind, ist sie gleichwohl ausgeschlossen, wenn die zur Aufrechnung verwendete Gegenforderung nicht dem gleichen geschlossenen Zweckvermögen angehört wie die Forderung (z. B. 719. 2033. 1442. 1487. 1519. 1549, HGB. §§ 105. 161), soweit nicht etwa die Bestimmungen in 406. 407 entgegenstehen.

II. Geltendmachung der Aufrechnung.

A. Das Recht der Aufrechnung wird von dem Berechtigten geltend gemacht durch Erklärung gegenüber dem andern Theile, daß er seine Forderung gegen die des andern Theiles aufrechne. Die Aufrechnungserklärung ist demnach einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft. Einseitige Zurücknahme der Aufrechnungserklärung ist nicht möglich, sondern nur die Zurücknahme des auf die erklärte Aufrechnung gestützten prozessualen Einwands (388)[1].

B. Die Aufrechnungserklärung kann außerhalb des Prozesses und im Prozesse erfolgen (vgl. III.). Es liegt dann im letzteren Falle so, als wenn vor oder nach Rechtshängigkeit geleistet worden wäre[2]. Die im Prozesse (z. B. in den vorbereitenden Schriftsätzen) abgegebene Aufrechnungserklärung hat keine andere Natur als die außerhalb des Prozesses abgegebene, sie ist nicht lediglich Prozeßhandlung mit der Bedeutung, daß sie mit der Rücknahme der Klage und Einrede erlischt und nur nach Prozeßrecht der Anfechtung unterliegt. Das BGB. trifft vielmehr in jeder Beziehung auch die Aufrechnung im Prozesse[3]. Ist so die im Prozesse erklärte Aufrechnung materielle Verfügung über die Forderung, so wird man den Prozeß-

[1] Vgl. Ecciu s a. a. O. (1898) S. 37 f.

[2] Besonderheit 357. 554, 2.

[3] A. M. Kohler a. a. O. (1898). Vgl. aber u. A. A. Dernburg a. a. O. (1899) S. 284.

Digitized by Google

vertreter auf Grund seiner Prozeßvollmacht (CPO. § 81) auch nicht zur Aufrechnung für befugt halten dürfen[1].

C. Die Aufrechnungserklärung kann nicht wirksam unter Bedingung oder Zeitbestimmung abgegeben werden, ebensowenig als unter Bedingung oder Befristung gezahlt werden kann. Eine eventuelle Aufrechnungserklärung ist i. A. wirksam, z. B. der Aufrechnungsberechtigte greift zunächst den Rechtsbestand der geltend gemachten Forderung an, eventuell macht er Aufrechnung geltend (388). Die Wirksamkeit ergiebt sich daraus, daß in der Eventualaufrechnung wahre Bedingung nicht liegt, sondern nur eine Rechtsbedingung[2].

D. Hat der eine oder der andere Theil mehrere zur Aufrechnung geeignete Forderungen, so kann der Aufrechnende die Forderungen bestimmen, die gegeneinander aufgerechnet werden sollen. Die Wahlerklärung ist Bestandtheil der Aufrechnungserklärung. Die Wahlerklärung ist aber nicht nothwendig erforderlich und keine für den Aufrechnenden ganz freie.

1. Unterläßt der Aufrechnende die Bestimmung der durch Aufrechnung zu tilgenden Forderungen des Gegners, oder widerspricht der Gläubiger unverzüglich derselben, so sind die Gegenforderungen, wenn nicht die zur Aufrechnung verwendeten Forderungen zur Tilgung aller Gegenforderungen ausreichen, in der Reihenfolge durch Aufrechnung getilgt, wie sie es in dem analogen Falle, wenn Zahlung vorläge (366, Abs. 2), sein würden, d. h. zunächst die dem Gläubiger geringere Sicherheit bietende, unter gleich sicheren die dem Aufrechnenden lästigere, unter gleich lästigen die ältere vor der

[1] Die Frage ist bestritten. Wie im Text: Planck, zu 388, 3. 1. Oertmann, zu 388, 3. 1. Förtsch, Sächs. Arch. Bd. 7 (1897) S. 401 ff. Petersen, Bl. f. Rechtsanwendung Jahrg. 64 (1899) S. 255 ff. Brettner, D. Jur. Zeitg. Jahr. 3 (1898) S. 343 f. Dagegen Hellmann, Krit. VJSchr. Bd. 41 (1899) S. 246. Weismann a. a. O. (1899) S. 17 ff. Dernburg a. a. O. (1899) S. 286. Götte, a. a. O. S. 165 ff.

[2] Die Ansichten gehen auch hier sehr auseinander. Die eventuelle Aufrechnung wird für zulässig erklärt u. A. von Eccius, a. a. O. (1898). Planck zu 390 3. 3. Siber, a. a. O. (1899) S. 118 ff. Hellmann, Krit. VJSchr. Bd. 41 (1899) S. 246 ff. Petersen Bl. f. Rechtsanwendung Jahr. 64 (1899) S. 258. Weismann, a. a. O. (1899) S. 19 ff. Pfizer, Zeitschr. f. d. Civ. Proz. Bd. 26 (1899) S. 43 ff. Dernburg, a. a. O. (1899) S. 284 f. Dagegen unter abweichender Begründung: Stölzel, a. a. O. (1898). Förtsch, a. a. O. (1898) Isay, Die Willenserklärung im Thatbestande des Rechtsgeschäfts (1899) S. 70 ff. bes. S. 80 f.

Digitized by Google

jüngeren, unter sich gleich alten jede verhältnißmäßig (396, Abs. 1). Auch hier ist also die verjährte Schuld vor der noch nicht verjährten getilgt[1]. Der Widerspruch ist wie die Aufrechnungserklärung einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, er ist aber nicht Aufrechnungserklärung (compensatio compensationis). Der Widerspruch wendet sich vielmehr nur gegen die Anrechnungsbestimmung, während er die Aufrechnung unberührt läßt[2].

Schuldet ferner der Aufrechnende dem andern Theile außer der Hauptschuld Zinsen und Kosten und hat der Aufrechnende nicht bestimmt, so sind die Gegenforderungen in der Reihenfolge der Kosten-, Zinsen-, Hauptforderung getilgt. Hat der Aufrechnende eine abweichende Anrechnungsbestimmung getroffen, so kann der andere Theil die Aufrechnung ablehnen, d. h. die Aufrechnung gilt als nicht erfolgt. Die Ablehnungserklärung ist nicht wie der Widerspruch an eine Ausschlußfrist gebunden (396, Abs. 2).

2. Unterläßt der Aufrechnende die Bestimmung der durch Aufrechnung zu tilgenden eigenen Forderungen, so ist die Aufrechnung nicht unwirksam, sondern die Reihenfolge nach 396 (Z. 1) entscheidet[3].

III. Wirkung der Aufrechnung.

A. Das gegenseitige Verhältniß der Forderungen und Gegenforderungen als aufrechenbarer giebt dem Gläubiger das Aufrechnungsrecht, von dem er Gebrauch machen kann oder nicht. So lange er keinen Gebrauch davon macht, bleiben die beiderseitigen Forderungen unberührt. Zahlt demnach der Aufrechnungsberechtigte in Unkenntniß dieses Rechtes, so kann er nicht eine nicht geschuldete Leistung zurückfordern[4]; anders, wenn er in Unkenntniß bereits vollzogener Aufrechnung leistet.

B. Macht der Gläubiger vom Aufrechnungsrechte Gebrauch, so bringt er damit auch gegen den Willen des andern Theiles Forderung und Gegenforderung zur Erlöschung, ähnlich wie durch Zahlung. Hat

[1] Vgl. gegen Planck, S. 178 und auch Goldschmidt, a. a. O. (1899) S. 223 f. 257 Note 294: v. Seeler, a. a. O. (1898) S. 104 ff. und Weismann, a. a. O. (1899) S. 29 f.

[2] Unterläßt der Gegner den Widerspruch, so verzichtet er damit auf ein ihm zustehendes Recht. Es kommt aber dadurch noch nicht ein Vertrag unter den Parteien zustande, wie Dernburg a. a. O. S. 294 annimmt. Es hat vielmehr der Aufrechnende das Recht, die zu tilgenden Gegenforderungen zu bestimmen.

[3] So Oertmann zu 396 Z. 3. A. M. Dernburg a. a. O. S. 294 f.

[4] So Planck, S. 172 Z. 3. A. M. Kohler, Weismann, a. a. O. (1899) S. 33 ff.

Digitized by Google

demnach der Gläubiger eine von mehreren Forderungen, die ihm gegen den Schuldner zustehen, geltend gemacht und hat der Schuldner von seinem Aufrechnungsrecht Gebrauch gemacht, so sind Forderung und Gegenforderung getilgt. Steht die Aufrechnungserklärung fest, so sind im Streitfalle nur die Voraussetzungen der Aufrechnung (I.) und zwar von Dem zu beweisen, der die Aufrechnung geltend macht. Der Gläubiger könnte dem Einwande der Aufrechnung nur entgegnen, daß die zur Aufrechnung gebrauchte Gegenforderung des Schuldners schon durch Aufrechnungserklärung seinerseits getilgt sei oder daß der Schuldner bereits früher mit derselben Forderung gegen eine Forderung des Gläubigers aufgerechnet habe oder daß ein Aufrechnungsvertrag entgegenstehe, oder er könnte sich auf Widerspruch oder Ablehnung berufen (II. D.)[1].

C. Durch die Aufrechnung werden die Forderungen in dem sich deckenden Betrage aufgehoben. Der Gläubiger muß sich hier also theilweise Befriedigung gefallen lassen (389).

D. Der juristische Vorgang bei der Aufrechnung ist nicht der, daß Forderung und Gegenforderung sich schon durch ihr Gegenübertreten vernichten (ipso jure compensatur), auch nicht der, daß auf Grund des Vorbringens der Partei der Richter im Urtheil kompensirt (im gem. R. herrschende Lehre), vielmehr gehört nach dem BGB. eine Parteierklärung zur nothwendigen Voraussetzung der Aufhebung der Forderung, aber in wesentlich verschiedener Deutung. Nach der einen Ansicht (z. B. Endemann, Liebknecht, Oertmann) vernichtet ihr Gegenübertreten die Forderungen, aber nur unter der Bedingung, daß die Parteien es geltend machen. Nach der anderen (z. B. Planck, Leonhard, Siber) bewirkt die Parteierklärung die Vernichtung der Forderungen. Erwägt man, daß nach der Gegenansicht die Bedingung der Parteierklärung eine Rechtsbedingung sein muß, so rücken beide Auffassungen sehr nahe aneinander. Die letztere verdient aber, weil sie die Parteierklärung schärfer betont, den Vorzug. Die vollzogene Aufrechnung wirkt nun aber nach dieser Auffassung nicht erst von der Aufrechnungserklärung an, wie die Zahlung vom Zeitpunkte der Zahlung an, sondern rückwärts von dem Zeitpunkte an, in dem sich die Forderungen zuerst als aufrechenbare gegenüberstanden. Nicht das gegenseitige Verhältniß der Forderungen erzeugt selbständige Wirkungen, sondern die Wirkungen der

[1] Ueber die Vertheilung der Beweislast vgl. Goldschmidt, a. a. O. (1899) S. 233 ff.

Digitized by Google

Aufrechnungserklärung werden zurückbezogen. Die Folge ist, daß vertragsmäßige Zinsen aus den Forderungen von diesem Zeitpunkte an nicht geschuldet werden, der Verzug mit diesem Zeitpunkt aufhört, der Verfall einer Vertragsstrafe ausgeschlossen ist, und daß, wenn auf Nebenansprüche Erfüllung erfolgt ist, die Rückforderung (812 ff.) eintritt (vgl. 390, Abs. 2)[1].

IV. Die Aufrechnung im Prozesse und Konkurse.

A. Ist im Prozesse der Klagforderung die Aufrechnung einer nicht konnexen Gegenforderung entgegengestellt, so kann das Gericht die Verhandlung über die Klage und über die Aufrechnung trennen und über die Klagforderung zunächst entscheiden. Das Gericht kann aber auch unter gleicher Voraussetzung, wenn nur die Verhandlung zur Entscheidung über die Klagforderung reif ist, über diese allein entscheiden. In beiden Fällen ist die Entscheidung über die Aufrechnung im Urtheile vorzubehalten. Die Aufrechnungswirkung ist damit nur suspendirt. Das Urtheil über die Klagforderung, welches diese anerkennt, ist auch vollstreckbar; wird aber in dem weiteren Urtheil die Aufrechnung anerkannt, so ist das erste Urtheil aufzuheben, und der Beklagte kann Ersatz des Schadens verlangen, der ihm durch die Vollstreckung entstanden ist (vgl. CPO. §§ 145. 302).

In der Berufungsinstanz darf die Aufrechnung nur ausnahmsweise geltend gemacht werden (CPO. § 529). Im Falle der Zurückweisung ist die Geltendmachung dem Beklagten vorzubehalten (CPO. § 540). Der Rechtsstreit bleibt in Betreff der Aufrechnung in der Berufungsinstanz anhängig. Wird die Aufrechnung anerkannt, so ist das erste Urtheil aufzuheben, der Kläger mit dem Anspruche abzuweisen und auf Antrag des Beklagten auf Herausgabe des auf Grund des ersten Urtheiles Geleisteten nach 812 ff. zu verurtheilen (CPO. § 541).

Wird eine durch Klagerhebung rechtshängig gewordene Forderung in einem andern Prozesse zur Aufrechnung verwendet, so kann nach CPO. § 148 der erste Prozeß bis zur Entscheidung über die Aufrechnung in dem zweiten Prozesse ausgesetzt werden. Wird im

[1] Petersen, Bl. f. Rechtsanwendg. Jahrg. 64 (1899) S. 259 ff., zieht die weitere Konsequenz, daß der Kläger, dem gegenüber aufgerechnet wird, auch die Prozeßkosten zu tragen habe. Das ist nicht unbedenklich, weil, wie Weismann, a. a. O. (1899) S. 29. 36 f., hervorhebt, die Tilgung doch erst durch die Erklärung der Aufrechnung erfolgt. Die Litteratur der Frage s. bei Petersen, a. a. O.

Digitized by Google

zweiten Prozesse die Aufrechnung wegen Nichtbestehens der Gegenforderung verworfen, so tritt Rechtskraft hinsichtlich dieser ein gemäß CPO. § 322, Abs. 2, vgl. Bd. I, § 71.

B. Im Konkurse ist die Aufrechnung erheblich erleichtert. Bestanden bereits zur Zeit der Konkurseröffnung gegenseitige Forderungen zwischen Gläubiger und Gemeinschuldner, so kann der Gläubiger seine Forderung gegen die zur Konkursmasse gehörige Forderung aufrechnen, auch wenn sie nur betagt oder bedingt oder ungleichartig sind (KO. §§ 53. 54). Die Aufrechnung ist demnach unzulässig, wenn Jemand vor oder nach der Konkurseröffnung eine Forderung an den Gemeinschuldner erworben hat und nach der Eröffnung Schuldner der Masse geworden ist, ebenso, wenn Jemand zwar vor der Konkurseröffnung Schuldner des Gemeinschuldners geworden war, seine Forderung an den Gemeinschuldner aber erst nach Konkurseröffnung erworben hat (KO. § 55, Z. 1 und 2). Selbst dann, wenn die Forderungen zwischen Gläubiger und Gemeinschuldner zur Zeit der Konkurseröffnung schon bestanden, ist die Aufrechnung ausgeschlossen, wenn der Gläubiger seine Forderung durch Rechtsgeschäft mit dem Gemeinschuldner oder durch Abtretung oder Befriedigung eines Gläubigers erworben hatte und ihm zur Zeit des Erwerbes die Zahlungseinstellung oder der Antrag auf Konkurseröffnung bekannt war. Die Kenntniß von der Zahlungseinstellung schadet nicht, wenn der bezeichnete Erwerb früher als sechs Monate vor der Konkurseröffnung erfolgte, und die Aufrechnung ist auch dann zulässig, wenn der Gläubiger zur Uebernahme der Forderung oder Befriedigung des Gläubigers verpflichtet war und ihm zur Zeit der Eingehung der Verpflichtung die Kenntniß von der Zahlungseinstellung und vom Antrage auf Konkurseröffnung fehlte (KO. § 55, Z. 3 und Abs. 2, und KO. § 33).

§ 96.

5. Die Schuldneuerung[1].

Die Schuldneuerung (Novation) ist gewillkürte Begründung eines neuen Schuldverhältnisses an Stelle eines alten mit dem

---

[1] Materialien: M. II. S. 78 ff. 82.

Litteratur: 1888: Laband, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 73, S. 202. 1889: Seuffert, Beitr., H. 11, S. 24 ff. Gierke, Der Entwurf, S. 202. Unger, Schuldübernahme, S. 26. 1890: Gebhart, GA., S. 268. 1892: Bähr, Gegenentwurf, S. 57. 1895: v. Blume, Novation, Delegation u.

Digitized by Google

Zweck der Aufhebung des alten Schuldverhältnisses. Wesentlich ist, daß sich in dem formell neuen Schuldverhältniß das alte aufgehobene fortsetzt.

I. Die Voraussetzungen sind zunächst ein altes Schuldverhältniß und ein neues. Das neue Schuldverhältniß muß, der römischen Stipulation entsprechend, durch Schuldanerkennung, Abrechnungsvertrag, Wechsel ꝛc. begründet sein, ist also ein abstraktes. Die Parteien müssen ferner die Absicht der Schuldneuerung (animus novandi) gehabt haben. Dadurch hebt sich die Schuldneuerung von der Schuldbegründung ab, die neben die alte Schuld eine neue setzt.

II. Die Schuldneuerung kann verschiedenen Zwecken dienen. Es kann lediglich der Rechtsgrund geändert werden (z. B. an die Stelle der Kaufgelderschuld tritt die Wechselschuld), oder es wird der Gegenstand umgewandelt oder der Inhalt der alten Schuld geändert (z. B. durch Weglassung oder Einfügung einer Bedingung), oder es sollen die Subjekte des alten Schuldverhältnisses durch andere ersetzt werden. Im letzteren Falle ist die Schuldneuerung bestimmt:

A. Zur Herbeiführung eines Gläubigerwechsels. Sie beruht dann stets auf Ueberweisung (Delegation) seitens des alten Gläubigers (Deleganten). Auf Grund der Ueberweisung verspricht der alte Schuldner (Delegat) dem neuen Gläubiger (Delegatar). Das ist die Forderungsüberweisung oder aktive Delegation.

B. Soll Schuldnerwechsel eintreten, so kann entweder der neue Schuldner ohne Wissen und Willen des alten Schuldners dem bisherigen Gläubiger versprechen (expromissio), oder der alte Schuldner (Delegant) überweist an den alten Gläubiger (Delegatar) den neuen Schuldner (Delegat) und dieser verspricht dem bisherigen Gläubiger. Das ist die Schuldüberweisung oder passive Delegation.

III. Die Wirkung der Schuldneuerung ist die Aufhebung des alten Schuldverhältnisses von Rechtswegen.

IV. Ein Bedürfniß für das Institut der Schuldneuerung ist nach dem BGB. kaum noch vorhanden. Um den Wechsel des Gläubigers herbeizuführen, dient die Abtretung der Forderung; den Wechsel des Schuldners erreichen die Parteien durch die Schuld-

---

Schuldübertragung. Hruza, Sächs. Arch., Bd. 5 (S. A.), S. 28 ff. 1897: Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse, S. 231 ff. 1899: Kuhlenbeck, Von den Pandekten II, § 24. Endemann 1, § 142. Cosack I, § 109. Dernburg, Das bürgerliche Recht II, 119, 120.

Digitized by Google

übernahme. Soll das unter den Parteien bestehende Schuldverhältniß nur in Einzelheiten seines Inhaltes geändert werden, so bieten nachfolgende Abreden den Parteien den geeigneten Weg. Soll endlich an die Stelle des bisherigen Schuldverhältnisses unter denselben Parteien ein neues treten, unter Aufhebung des alten, so können die Parteien nach 364, Abs. 2 das neue Verhältniß an Erfüllungsstatt begründen (vgl. Bd. I, § 92); fraglich ist aber, ob nicht unter dem Grundsatze der Vertragsfreiheit die Parteien in diesen wie in allen anderen Fällen die Schuldneuerung wählen können. Man hat gesagt[1], eine derartige Abrede der Parteien müsse dahin getroffen werden, daß zunächst das alte Verhältniß durch Erlaßvertrag (397) beseitigt und durch abstraktes Schuldversprechen (780) ein neues an seine Stelle gesetzt werde. Es ist aber nicht einzusehen, warum nicht dem Parteiwillen direkte Wirkung zukommen soll. Die große Schwierigkeit dürfte sich allerdings ergeben, daß, sobald die Parteien nicht die Rechtsfolgen im Einzelnen bestimmt haben, diese lediglich aus der Parteiberedung entwickelt werden müßten, da die römischen Spezialregeln direkte Anwendung zweifellos nicht finden können.

§ 97.

6. Der Erlaß[1].

I. Der Gläubiger kann die Forderung nicht durch einseitigen Verzicht aufheben. Der Verzicht des Gläubigers auf sein Forderungs-

---

[1] Stammler, a. a. O., S. 231 ff.

[2] Materialien: M. II. S. 79 f. 114 ff. 164 f. P. I S. 376. II S. 15. 19. 511.

Litteratur: 1888: Strohal, Jahrb. f. Dogm., Bd. 27, S. 395. 397. 399. 414. 461. Laband, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 73. S. 206 ff. Bähr, Zur Beurtheilung, S. 37 ff. 1889: Gierke, Der Entwurf, S. 188. 202. Kindel, Das Recht an der Sache, S. 99. Bähr, Arch. f. bürg. Recht, Bd. 2, S. 105 ff. 111 ff. Koch, Beitr., H. 4, S. 22 ff. Seuffert, Beitr., H. 11, S. 29 ff. 1890: Gebhart, GA., S. 276 ff. Westrum, GA., S. 244 ff. Jacoby, Annalen des d. Reichs, S. 66 ff. Bähr, Krit. VJSchr., Bd. 32, S. 197 ff. Zitelmann, Beitr., H. 9/10, S. 55. 141. 144. 1891: Altmann, Der Erlaßvertrag im Entw. e. BGB., Meißels, Zeitschr. f. d. Priv.- u. öff. R., Bd. 18, S. 665 ff. 1892: Jakubezky, Bemerkungen, S. 64. Bähr, Gegenentwurf, S. 62 f. 1895: Hruza, Sächs. Arch., Bd. 5 S. 38 f. Dilloo, Die Quittung im Recht und Verkehr (Diss.). 1897: Bunsen I, § 59. Exner, Zeitschr. f. d. Priv.- u. öff. R., B. 24, S. 670 ff. Oertmann, Oesterr. Allg. Ger.-Zeitg. 1897, S. 252 ff. 1898: Goldmann-Lilienthal, S. 171. Leske, § 51. Weyl I, § 88. Otto, Sächs. Arch., Bd. 8 S. 735 f. Behrend, Beitr. z. Lehre v. d. Quittung.

Digitized by Google

recht muß vielmehr vom Schuldner angenommen sein. Dieser Vertrag ist der Erlaßvertrag. Er unterscheidet sich vom Stundungsvertrage, in welchem der Gläubiger nur zeitweise auf die Ausübung seines Forderungsrechtes verzichtet, von dem Vertrage, in dem sich der Gläubiger verpflichtet, sein Forderungsrecht nicht ausüben zu wollen (schuldbegründender Vertrag) und auch von dem Vertrage, durch den das bestehende Schuldverhältniß aufgehoben werden und diejenige Rechtslage unter den Parteien hergestellt werden soll, die bestehen würde, wenn das Schuldverhältniß nicht entstanden wäre.

Was im einzelnen Falle gewollt ist, hat die Auslegung festzustellen.

Inhaltlich unterscheidet sich vom Erlaßvertrage auch der negative Schuldanerkennungsvertrag. Im ersten Falle gehen die Parteien von der Existenz des Forderungsrechtes aus und wollen Nichtexistenz, im zweiten gehen sie von der Nichtexistenz aus und wollen, daß diese unzweifelhaft werde. Im konkreten Falle werden beide Verträge sich schwer von einander scheiden lassen. So kann in der Quittirung an den Schuldner, so weit sie nicht bloße Verschaffung eines Beweismittels ist und keine Verfügung über das Forderungsrecht enthält (Bd. I, § 92. III.), sowohl ein Erlaßvertrag, wie ein negativer Schuldanerkennungsvertrag liegen. Beide Verträge treffen darin zusammen, daß die Parteien wollen, es solle in Zukunft die Schuld beseitigt sein. Daher stehen beide unter gemeinsamer Regelung.

II. Erlaßvertrag und negativer Schuldanerkennungsvertrag (397).

A. Beide Verträge bedürfen einer Form nicht, sie können auch stillschweigend geschlossen werden.

B. Beide sind Verträge, durch die sich der Gläubiger seines Rechtes begiebt, Veräußerungsverträge.

C. Der rechtliche Zweck beider Verträge kann ein sehr verschiedener sein, insbesondere auch Schenkung. Es kann auch entgeltlicher Vertrag vorliegen (z. B. Aufrechnungsvertrag). Der rechtliche Zweck beherrscht aber nicht das Geschäft. Die Verträge sind abstrakter Natur. Fehlt der rechtliche Zweck oder ist er mangelhaft, so kann die eingetretene Wirkung nur nach den Grundsätzen über die ungerecht-

---

1899: Kuhlenbeck, Von den Pandekten ꝛc. II, § 28. Cosack I, § 113. Krückmann, § 46. v. Buchka, § 12. Endemann I, § 149. Dernburg, Das bürgerliche Recht II, §§ 40, 130 u. S. 262.

Digitized by Google

fertigte Bereicherung beseitigt werden (vgl. Bd. I, § 141). Im Uebrigen stehen beide Verträge unter den allgemeinen Regeln, z. B. bez. der Anfechtbarkeit.

D. Durch diese Verträge wird das Schuldverhältniß aufgehoben wie durch Erfüllung; ob ganz oder theilweise, bestimmt sich nach dem Inhalte der Verträge. Es ist ferner zu beachten, daß der negative Schuldanerkennungsvertrag auch lediglich den Inhalt haben kann, daß er das Nichtbestehen des Schuldverhältnisses nur gegen eine bestimmte Anzweifelung sicherstellen soll[1].

§ 98.

7. Die Vereinigung[2].

I. Vereinigen sich Forderung und Schuld in einer Person, so geht das Schuldverhältniß unter. Eine solche Vereinigung tritt ein durch Erbgang, Abtretung (Cession) der Forderung an den Schuldner. Der Grund des Satzes ist, daß Niemand Rechte gegen sich selbst haben kann, nicht der, daß der Uebergang der Schuld auf den Gläubiger, der Übergang der Forderung auf den Schuldner nicht möglich wäre. Die Wirkung ist nicht die der Erfüllung, es liegt vielmehr selbständiger Befreiungsgrund vor: der Gläubiger, der den Schuldner beerbt, ist befreit von der Schuld, die er erfüllen müßte, wenn er nicht der Gläubiger wäre. Diese Aufhebung tritt ein, soweit der Grund der Vereinigung (Erbfolge) reicht. Die Aufhebung ergreift auch die Nebenrechte. Fällt der Grund der Vereinigung fort, so wird auch die Aufhebung des Schuldverhältnisses wieder rückgängig[3].

---

[1] Vgl. Planck, S. 180. Oertmann, zu 397.

[2] Materialien: M. II. S. 116 f. 166. 365; III. S. 733. 842. 867; IV. S. 465 f.: V. S. 107. 123. 176 f. 631 ff. P. I. S. 376. 433 ff. II. S. 129; III. S. 536. 609. 632 f.; IV. S. 505; V. S. 131. 210. 768. 800. 813.

Litteratur: 1888: Laband, Arch. f. d. civil. Pr., Bd. 73, S. 207 ff. Zróblowski, Kodifikationsfragen, S. 31. 1889: Seuffert, Beitr., H. 11, S. 25. Gierke, Der Entwurf, S. 202. 1897: Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse, S. 256 ff. Schwedler, Das Erlöschen der Schuldverhältnisse durch Vereinigung ꝛc. 1898: Sachs, Die Wirkungen der Konfusion nach röm. R. und nach dem Recht d. B.G.B. (Diss.) 1899: Kuhlenbeck, Von den Pandekten ꝛc. II, § 29. Kretzschmar, P., Die Theorie der Konfusion. Hellmann, Krit. VJSchr., Bd. 41, S. 239 f. Cosack I, § 113. Krückmann, § 46. Endemann I, § 149. Dernburg, Das bürgerliche Recht II, § 132.

[3] So in 2143 (bei Eintritt der Nacherbfolge bez. der Vereinigung beim Vorerben), 1976 (bei Eröffnung des

Digitized by Google

Der Gläubiger kann sein Forderungsrecht auf einen andern Gläubiger übertragen und das Forderungsrecht kann kraft Gesetzes oder kraft richterlicher Anordnung auf einen andern Gläubiger übergehen[1]. Die Vorschriften für die Übertragung der Forderung gelten auch, von Sondervorschriften abgesehen, für die Übertragung anderer Rechte (Urheberrechte, Ansprüche aus dinglichen Rechten ꝛc.) (413).

I. Die Uebertragung der Forderung durch den bisherigen Gläubiger[2] an den neuen Gläubiger erfolgt durch Vertrag (Abtretung), der einer Form nicht bedarf (398)[3].

A. Einer Einwilligung des Schuldners zur Wirksamkeit der Abtretung bedarf es nicht. Die Einwilligung ist deshalb aber nicht ohne rechtliche Bedeutung (z. B. 407).

B. Von der Abtretung ist zu unterscheiden, ihr rechtlicher Zweck. Letzterer kann ein sehr verschiedener sein (Kauf, Schenkung, Zahlung, Hingabe an Zahlungsstatt ꝛc.). Der rechtliche Zweck kann insbesondere in der Erfüllung einer Verpflichtung zur Abtretung bestehen, die durch ein anderes Geschäft oder ein Gesetz (255) für den bisherigen Gläubiger begründet sein kann. Auch wenn eine gesetzliche Verpflichtung zur Abtretung vorliegt, ist die Abtretung, d. h. der Abtretungsvertrag, erforderlich. Ist aber der zur Abtretung Verpflichtete rechtskräftig zur Abtretung verurtheilt, so gilt die Abtretung als erfolgt nach CPO. § 894. Die gesetzliche Pflicht zur Ab-

---

stein, Arch. f. bürg. R., Bd. 4, S. 262 ff. Zitelmann, Beitr. H. 9/10, S. 55. 141. 144. Jacoby, Annalen des d. Reichs, S. 834 ff. 1892: Jakubezky, Bemerkungen, S. 64 ff. Grützmann, Sächs. Arch., Bd. 2, S. 424 ff. Bähr, Gegenentw., S. 63 ff. 1894: Cretschmar, Arch. f. d. civ. Pr., Bd 82, S. 135 ff. 1896: Reinhardt, Gruch. Beitr., Bd. 40, S. 71 ff. 1897: Affolter, Arch. f. bürg. Recht, Bd. 13, S. 296 ff. Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse, S. 180 ff. Bunsen I, §§ 60. 61. 1898: Hachenburg, Das BG.B., S. 27. 29. 32. 151. Leske, § 52. Weyl I, § 89. Mandry-Geib, S. 244 ff. 252 f. 270. 419 ff. 509. 516. Otto, Sächs. Arch. Bd. 8, S. 736 ff. Stobbe-Lehmann III, § 226. 1899: Kuhlenbeck, Von den Pandekten II, §§ 19. 20. Cosack I, §§ 114. 115. Krückmann, § 47. v. Buchka, § 13. Endemann I, §§ 150. 152. Dernburg, Das bürg. Recht II, §§ 134—143. Schepp, Das öffentliche R. im BGB. S. 46 ff

[1] Gegen die Vorstellung der Rechtsnachfolge Affolter, a. a. O. (1897), der in der Abtretung der Forderung wie im röm. Recht, nur die Ermächtigung seitens des Gläubigers an den Zessionar sieht, seine, des Zedenten, Rechtsstellung zum Schuldner geltend zu machen.

[2] Ueber das Vermächtniß einer Forderung vgl. 2173, Bd. II, § 152.

[3] Abweichend für hypothekarisch gesicherte Forderungen: 1154 (vgl. 1159. 1190).

Digitized by Google

tretung unterscheidet sich wesentlich von der gesetzlichen Uebertragung (sog. cessio legis)[1].

Die Abtretung ist möglicherweise, aber nicht nothwendig, von ihrem rechtlichen Zweck unabhängig (abstrakter Vertrag).

C. Der Regel nach sind alle Forderungen abtretbar, fällige und nicht fällige, bedingte, befristete, zukünftige, auch klaglose, aus gegenseitigen Verträgen stammende, in welchem Falle das Verweigerungsrecht dem Schuldner ungeschmälert verbleibt[2]. Abgetreten können auch werden Forderungen aus Wechseln und sonstigen Orderpapieren[3]. Selbständige Nebenforderungen können abgetreten werden auch ohne die Hauptforderung (z. B. die Forderung auf gesetzliche Zinsen). Abtretbar sind auch rechtshängige Forderungen (CPO. § 265). Es ergeben sich aber Ausnahmen:

1. Die Abtretung ist ausgeschlossen, wenn der Gläubiger mit dem Schuldner die Nichtabtretung vereinbart hat, pactum de non cedendo (399). Damit ist die Anwendbarkeit von 137 ausgeschlossen. Diese Vereinbarung braucht nicht eine ausdrückliche zu sein. Sie kann mit dem Schuldverhältnisse selbst oder später getroffen und so der Inhalt des Schuldverhältnisses geändert werden. Sie hat nicht nur schuldvertragmäßige Wirkung unter den Parteien, sondern wirkt gegen Dritte, also auch im Verhältnisse des neuen Gläubigers zum Schuldner, weil durch die Vereinbarung die Leistung dahin bestimmt ist, daß sie nur an den bisherigen Gläubiger erfolgen soll. Die Leistung an einen Andern wäre Veränderung der Leistung, auch wenn sie an sich Anderen als dem bisherigen Gläubiger gemacht werden könnte. Ueblich sind solche Vereinbarungen bei Versicherungsverträgen bez. der Forderung des Versicherten, bei den Forderungen aus Reichsbankdepotscheinen, aus Rückfahrt- und Rundreisekarten. Bei verbrieften Forderungen kann sich aber der Schuldner dem neuen Gläubiger gegenüber nicht auf die Vereinbarung berufen, es sei denn, daß dieser bei der Abtretung die Vereinbarung kannte oder kennen mußte (405)[4].

2. Nicht abtretbar sind Forderungen, wenn ihre Erfüllung an einen andern als den bisherigen Gläubiger nicht möglich sein würde

[1] So scheidet auch das Gesetz selbst: 1251, Abs. 2.

[2] Dazu Stammler (1897), S. 186 f. Dernburg, a. a. O. II. S. 307 f. Oertmann zu 399. Z. 1.

[3] Inhaberpapierforderungen werden dagegen nur durch Uebertragung der Urkunde übertragen (793).

[4] Der Gefahr einer Benachtheiligung der Gläubiger des Gläubigers durch die Vereinbarung gemäß 399 beugt vor: CPO. § 851, Abs. 2.

Digitized by Google

oder doch schon an sich eine Veränderung ihres Inhaltes enthielte (399), z. B. die Forderung auf Bestellung eines Nießbrauches. Forderungen aus Vorverträgen auf Abschluß von Verträgen, z. B. von Darlehen, werden regelmäßig unabtretbar sein. Auch rechtsgeschäftliche Alimentationsforderungen können unübertragbar sein (vgl. 259. 809. 810).

Der Klarheit wegen ist das bei gewissen hierher gehörigen Forderungen noch besonders ausgesprochen. So bei den Forderungen der Gesellschafter aus dem Gesellschaftsverhältniß gegen einander (717. 719), bei den Ansprüchen auf Genugthuung (847. 1300, Absatz 2), bei der Forderung des Ehemannes auf einen Beitrag der Ehefrau zu dem ehelichen Aufwande oder zur Alimentation der Kinder bei Gütertrennung (1427. 1585), des Anspruches auf Aussteuer (1623), der Ansprüche des Vaters (1655. 1656. 1658, Abs. 2). In anderen Fällen ist Unübertragbarkeit ausgesprochen, die aber durch Disposition der Parteien ausgeschlossen werden kann, z. B. beim Anspruch des Dienstherrn (613), beim Anspruch auf Ausführung des Auftrages (664, Abs. 2).

Vielfach wird aus dem hier maßgebenden Gesichtspunkte gerade ein bestimmtes Verhältniß des Gläubigers es bewirken, daß nur an ihn geleistet werden kann. Ist dieses dann übertragbar, so kann mit seiner Uebertragung die Forderung abgetreten werden. So ist abtretbar die Forderung auf Bestellung einer Grunddienstbarkeit zugleich mit der Uebertragung des Eigenthumes am herrschenden Grundstück. Ist das Grundrechtsverhältniß nicht übertragbar, so auch nicht die daraus erwachsenden Einzelforderungen (1092. 1408. 1658)[1].

3. Nicht pfändbare Forderungen sind nicht abtretbar und zwar nicht nur die nach CPO. § 850 nicht pfändbaren Forderungen (400). Dahin gehören besonders auch die Forderungen auf Arbeits- und Dienstlohn, gesetzliche Alimentationsforderungen und eine Reihe von Sold-, Pensions- und Diensteinkommensforderungen (377, EG. Art. 81, CPO. §§ 850. 851. 852)[2].

Reichsspezialgesetze haben eine Reihe von Forderungen für nicht übertragbar erklärt[3].

---

[1] Unvererblichkeit und Unübertragbarkeit fallen nur regelmäßig zusammen. Eine Ausnahme von der Regel liegt allerdings nicht vor, wenn Rechtsverhältnisse unvererblich sind, während die daraus hervorgehenden Einzelforderungen vererblich und auch übertragbar sind, wohl aber in 514 (2034), 613. 664, Abs. 2. 750. HGB, § 664.

[2] Vgl. bez. der Ausführungsgesetze Bd. I S. 437, Note 2.

[3] Mandry-Geib, S. 244 ff. Fischer-Henle zu 394.

Digitized by Google

D. Die Wirkung der Abtretung i. A.

1. Mit dem Abschlusse des Abtretungsvertrages und allein mit diesem geht das Forderungsrecht von dem bisherigen Gläubiger auf den neuen Gläubiger über und zwar mit Wirkung für alle Betheiligten: den bisherigen Gläubiger, den neuen Gläubiger, den Schuldner und für Dritte (398). Mit der Abtretung scheidet also die Forderung aus dem Vermögen (Nachlaß, Konkursmasse) des bisherigen Gläubigers aus und geht in das Vermögen des neuen Gläubigers über. Dieser Uebergang ist gänzlich unabhängig von einer Benachrichtigung an den Schuldner oder der Kenntniß von der Abtretung auf Seiten des Schuldners. Daher erwirbt Derjenige, dem die Forderung vom bisherigen Gläubiger abgetreten wird, nachdem sie schon an einen neuen Gläubiger abgetreten war, überhaupt das Forderungsrecht nicht.

2. Mit der Forderung gehen Nebenrechte und Vorzugsrechte (401) über, also: Hypotheken[1], Pfandrechte, Rechte gegen den Bürgen; der Uebergang der Nebenrechte vollzieht sich ohne Weiteres, soweit nicht besondere Bestimmungen eingreifen[2]. Der Uebergang der Nebenrechte kann auch ausgeschlossen werden[3].

Vorzugsrechte im Konkurse und in der Zwangsvollstreckung, die sich mit der Forderung verbinden, gehen über ohne Rücksicht auf den Grund, auf dem sie beruhen. Es genügt, daß diese Vorzugsrechte zur Zeit der Abtretung bestanden, es ist nicht erforderlich, daß zu dieser Zeit Konkurs über das Vermögen des Schuldners schon eröffnet bez. eine Zwangsvollstreckung in dasselbe schon bewirkt ist.

3. Wie weit Ansprüche des bisherigen Gläubigers auf Früchte, Zinsen und Strafen mit übergehen, ist Auslegungsfrage.

E. Das Rechtsverhältniß zwischen dem bisherigen und neuen Gläubiger nach Abtretung. In erster Linie bestimmt sich das Rechtsverhältniß nach dem zwischen dem bisherigen und neuen Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisse. Außerdem knüpft sich kraft positiver Bestimmung Recht und Pflicht schon an die Abtretung als solche.

1. Das gilt insbesondere von der Frage, inwieweit der bisherige Gläubiger für den Bestand oder die Güte der abgetretenen Forderung einzustehen hat. Ist das zu Grunde liegende Geschäft Kauf,

[1] Vgl. 1190, Abs. 4.
[2] Vgl. 429. 1153. 1154. 1158. 1159. 1250. 1251. 1266. 1278.
[3] Vgl. aber 1153, Abs. 2.

Digitized by Google

Tausch oder sonstiger entgeltlicher Vertrag (445. 515), so gilt der Grundsatz, daß der Veräußerer der Forderung für den lastfreien Bestand, nicht aber für die Güte der Forderung einsteht. Hat er die Haftung für die letztere übernommen, so liegt darin im Zweifel Uebernahme der Haftung für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners zur Zeit der Abtretung (437—440). Für den Schenker gilt dagegen, daß er nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten hat (521. 523. 524). Ueber die Verpflichtung Dessen, der mit dem Vermächtniß einer Forderung beschwert ist, vgl. 2173—2175. Vereinbarung kann diese Grundsätze abändern.

2. Der neue Gläubiger kann von dem bisherigen verlangen, daß er ihm die zur Geltendmachung der Forderung nöthige Auskunft ertheilt, z. B. ihm die nicht in seinem, des bisherigen Gläubigers, Besitz befindlichen Beweismittel angiebt. Diese Pflicht knüpft sich an die Abtretung. Der bisherige Gläubiger hat außerdem die in seinem Besitze befindlichen Urkunden, die zum Beweise der Forderung dienen, herauszugeben. Diese Pflicht ergiebt sich schon aus der Eigenschaft dieser Urkunden (952), oder aus dem unterliegenden Verhältniß (444), oder aus der Abtretung (402). Hat eine Theilabtretung stattgefunden, so kann nicht Herausgabe des Originales, sondern nur eine Abschrift verlangt werden[1].

3. Der bisherige Gläubiger hat dem neuen Gläubiger auf Verlangen eine öffentlich beglaubigte Urkunde über die Abtretung auszuhändigen, deren Kosten der neue Gläubiger zu tragen und vorzuschießen hat (403).

4. Der bisherige Gläubiger ist dem neuen Gläubiger, wenn er nach Abtretung noch über die Forderung verfügt, z. B. Zahlung entgegennimmt, ersatzpflichtig, sei es auf Grund des unterliegenden Verhältnisses, sei es nach den Vorschriften über die Haftung aus unerlaubten Handlungen, die Geschäftsführung ohne Auftrag oder die ungerechtfertigte Bereicherung.

F. Das Rechtsverhältniß zwischen dem neuen Gläubiger und dem Schuldner.

1. Der Schuldner kann dem neuen Gläubiger alle Einwendungen entgegensetzen, die für ihn zur Zeit der Abtretung dem bisherigen Gläubiger gegenüber begründet waren (404). Es ist nicht erforderlich, daß ihm die Einreden schon zur Zeit der Ab-

[1] So Oertmann zu 402. A. M. Planck zu 402. (Einräumung d. Mitbesitzes.)

Digitized by Google

tretung zustanden, daß die Einrede begründenden Thatsachen also schon zur Zeit der Abtretung eingetreten waren, sondern es genügt, wenn die Thatsachen, die nach der Abtretung eintreten, die Einrede nach dem Inhalte des Schuldverhältnisses erzeugen (z. B. die Entwehrung tritt beim Schuldner erst nach Abtretung ein, die Resolutivbedingung erfüllt sich nach Abtretung). Höchstpersönliche Einreden, die nur gegen den bisherigen Gläubiger zu richten waren, sind ausgeschlossen. Abtretung zum Zwecke der Vernichtung der höchstpersönlichen Einreden wäre nur dann nichtig, wenn ein Verbotsgesetz umgangen werden soll. Der Fall solcher persönlichen Einreden ist ein seltener, z. B. der Gläubiger stundet für seine Person, aber nicht für den Fall der Abtretung.

Einwendungen, die erst nach Abtretung aus der Person des alten Gläubigers begründet sind, können dem neuen Gläubiger nicht entgegengestellt werden.

2. Der Schuldner kann auch die Nichtigkeit des Abtretungsvertrages geltend machen, z. B. wegen Geschäftsunfähigkeit des Abtretenden, wegen Simulation des Abtretungsvertrages. Eine Simulation liegt aber nicht in der fiduziarischen Abtretung, die vielmehr den neuen Gläubiger voll legitimirt[1]. Der Schuldner kann die Verletzung einer die Abtretung ausschließenden Vereinbarung mit der Beschränkung in 405 geltend machen. Der Schuldner kann auch die Legitimation des neuen Gläubigers dadurch angreifen, daß er die Nichtigkeit der abgetretenen Forderung darthut. Beruft sich der Schuldner auf Simulation bei Eingehung oder der späteren Anerkennung seiner Verpflichtung, so ist er hier beschränkt: sind verbriefte Forderungen unter Vorlegung der Urkunde abgetreten, so kann der Schuldner die Simulation dem neuen Gläubiger nicht entgegenhalten, wenn er nicht beweist, daß der neue Gläubiger die Simulation kannte oder kennen mußte (405, Schutz des gutgläubigen Erwerbes einer Scheinforderung). Findet eine weitere Abtretung statt, so ist der weitere Gläubiger auch nur geschützt, wenn er in gutem

[1] A. M. Stammler, a. a. O., S. 196. Dagegen Dernburg, a. a. O. S. 304 ff., der aber annimmt, daß der bisherige Gläubiger die Forderung im Konkursfalle des Fiduziars von den Gläubigern des Fiduziars nach den Grundsätzen über die ungerechtfertigte Bereicherung herausverlangen kann (812). Gehört aber die Forderung in die Konkursmasse, so ist m. E. nicht einzusehen, daß auf Grund des Verhältnisses zwischen Fiduzianten und Fiduziars der Vortheil der Gläubiger nicht gerechtfertigt sein soll. Vgl. Bd. I § 54. III, 3. 6.

Digitized by Google

Glauben war. Durch die erste Abtretung an den gutgläubigen Erwerber ist also der ursprüngliche Mangel nicht geheilt[1].

3. Hat der Schuldner dem neuen Gläubiger gegenüber die Schuld anerkannt, so ist es Auslegungsfrage, ob er damit auf die Einwendungen verzichtet hat, die ihm gegen den Abtretenden zustanden.

4. Der Schuldner kann ferner mit Gegenforderungen an den bisherigen Gläubiger gegen die abgetretene Forderung auch gegenüber dem neuen Gläubiger aufrechnen. Gleichgültig ist, ob die Gegenforderung schon zur Zeit der Abtretung bestand oder erst später erworben wurde. Der neue Gläubiger kann aber der Aufrechnung widersprechen, wenn er beweist, daß der Schuldner bei Erwerb der Gegenforderung Kenntniß von der Abtretung hatte oder daß die Gegenforderung, wenn sie in Unkenntniß der Abtretung erworben war, nach Erlangung der Kenntniß und später als die abgetretene Forderung fällig geworden ist. Der Schuldner soll nicht die Erfüllung der abgetretenen Forderung hinausziehen können, um eine fällige aufrechenbare Gegenforderung zu erhalten (vgl. 392 mit 406). Wie der Schuldner die maßgebende Kenntniß erlangt hat, ist gleichgültig.

5. Der Schuldner kann dem neuen Gläubiger Einreden entgegenstellen, die für ihn diesem gegenüber begründet sind, nicht aber Einreden aus dem Verhältnisse des bisherigen Gläubigers zu dem neuen Gläubiger.

6. Kann der neue Gläubiger Vorrechte, die ihm persönlich zustehen, auch bez. der abgetretenen Forderung geltend machen, z. B. persönliche Konkursprivilegien? Aus der Konsequenz der Sondernachfolge folgt die Bejahung, aus dem Interesse des Schuldners die Verneinung; für letztere wird man sich entscheiden müssen[2].

7. Dem gutgläubigen Schuldner, d. h. dem Schuldner, der von der Abtretung nichts weiß, ist noch ein besonderer Schutz (vgl. Z. 4) gewährt. An sich ist durch die Abtretung die Forderung auf den neuen Gläubiger übergegangen, auch im Verhältniß des Schuldners zum bisherigen Gläubiger. Die Folge wäre, daß der Schuldner, der z. B. an den bisherigen Gläubiger zahlt, dem neuen Gläubiger gegenüber sich auf diese Zahlung nicht berufen kann. Dem Schuldner gegenüber, der die Abtretung kennt, ist das billig, nicht aber dem

[1] Fischer-Henle, zu 405. Oertmann, S. 127. A. M. Planck, S. 188.

[2] Für die Bejahung Oertmann, S. 124 f., allerdings unter Hinweis auf 226. 242. 826.

Digitized by Google

unkundigen Schuldner gegenüber. Der neue Gläubiger muß daher Zahlung, Erlaß, Stundung ꝛc. und jedes vom gutgläubigen Schuldner mit dem bisherigen Gläubiger in Ansehung der Forderung geschlossene Rechtsgeschäft, z. B. Mahnung, Kündigung, Aufrechnungserklärung des bisherigen Gläubigers, Inverzugsetzung des bisherigen Gläubigers durch den Schuldner, gegen sich gelten lassen. Den Beweis der Kenntniß zur Zeit der Vornahme des betreffenden Geschäftes hat der neue Gläubiger zu führen. Wie und von welcher Seite die Kenntniß dem Schuldner vermittelt ist, ist gleichgültig (407, Abs. 1).

Das Gleiche gilt von einem rechtskräftigen Urtheil (auch Versäumnißurtheil), das in einem nach der Abtretung zwischen dem Schuldner und dem bisherigen Gläubiger anhängig gewordenen Rechtsstreite ergeht. Maßgebend für die Kenntniß ist der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit (407, Abs. 2). Wer Klage erhoben hat, und ob Leistungs- oder Feststellungsklage erhoben ist, ist gleichgültig.

Ist die Forderung vom bisherigen Gläubiger nochmals an einen Zweiten, Dritten ꝛc. abgetreten und erhält der Schuldner Kenntniß von einer dieser späteren Abtretungen und läßt sich mit einem solchen Scheingläubiger ein, ohne von der ersten Abtretung Kenntniß erhalten zu haben, so steht er dem wahren neuen Gläubiger ebenso gegenüber wie im vorigen Falle (408, Abs. 1). Beruht die weitere Uebertragung auf richterlicher Verfügung oder unmittelbar auf Gesetz und wird im letzteren Falle dem Schuldner die Urkunde über Anerkennung des gesetzlichen Ueberganges vorgelegt, sind aber die später erfolgten Uebertragungen wirkungslos, so findet das Gleiche Anwendung (408, Abs. 2).

In diesen Fällen ist der Schuldner durch Leistung an den Nichtgläubiger befreit. Eine Klage des Schuldners gegen den Nichtgläubiger auf Rückforderung wegen Zahlung einer Nichtschuld ist also nicht begründet[1].

8. Ist dem Schuldner die Abtretung *angezeigt* worden und hat er sich mit dem neuen Gläubiger eingelassen (Zahlung ꝛc.), so

[1] Auf die den Schuldner befreiende Leistung findet 362, Abs. 2, Anwendung. Wenn dort auf 185 verwiesen ist, so würde das für die Fälle 407. 408 ergeben, daß der neue Gläubiger eingewilligt habe, besser, daß er kraft Gesetzes wie ein Einwilligender behandelt werden soll. In 407 u. 408 ist diese Konsequenz gemildert. Aehnlich *Stammler*, a. a. O., S. 198, Note 4. — Keine Anwendung finden 407 und 408, wenn 1156 anzuwenden ist.

Digitized by Google

kann gleichwohl die Abtretung unterblieben oder ungültig sein, und der bisherige Gläubiger wäre Gläubiger geblieben. Kann der bisherige Gläubiger sein Forderungsrecht gegen den Schuldner geltend machen? Das ist zum Schutze des Schuldners ganz ausgeschlossen.

Die Anzeige ist eine einseitige formlose Willenserklärung gegenüber dem Schuldner, welche den Schuldner schlechthin, d. h. ohne Rücksicht auf die Existenz oder die rechtliche Gültigkeit der Abtretung, ermächtigt, sich mit dem Dritten als den Gläubiger einzulassen. Der Schuldner befreit sich also, wenn er dem Dritten zahlt, selbst wenn er die Nichtigkeit oder Nichtexistenz der Abtretung kannte. Voraussetzung ist, daß die Anzeige selbst gültig ist. Der Gläubiger kann die Anzeige widerrufen mit Zustimmung Dessen, der in der Anzeige als neuer Gläubiger bezeichnet ist (409).

Der Anzeige gleich steht es, wenn der neue Gläubiger dem Schuldner die dem neuen Gläubiger vom bisherigen Gläubiger ausgestellte, auf seinen Namen lautende Abtretungsurkunde vorlegt. Der Schuldner kann sich auf diesen Akt berufen, wenn ihm nicht (vgl. 169) zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäftes mit dem in der Urkunde als neuen Gläubiger Bezeichneten die Unwirksamkeit oder der Nichteintritt der Abtretung bekannt waren. Immer ist vorausgesetzt, daß die Anzeige und die Uebergabe der Urkunde an den neuen Erwerber vom wirklichen Gläubiger ausgehen. Geht die Anzeige ꝛc. vom gewesenen Gläubiger aus, so können nur die Vorschriften in 407. 408. in Frage kommen[1].

Der Dritte, der Leistung vom Schuldner empfangen hat, wird unter verschiedenen Gesichtspunkten gehalten sein, das Empfangene an den Gläubiger herauszugeben.

9. Zeigt der bisherige Gläubiger dem Schuldner schriftlich die Abtretung an, oder händigt der neue Gläubiger dem Schuldner eine vom bisherigen Gläubiger über die Abtretung ausgestellte Urkunde aus, so hat der Schuldner zu leisten. Mahnung und Kündigung sind ohne diese Legitimation wirkungslos, wenn der Schuldner sie wegen dieses Mangels unverzüglich zurückweist[2]. Auf die Aushändigung der Abtretungsurkunde hat der Schuldner zwar kein Recht, wohl aber kann er die Leistung verweigern. Dieses Verweigerungsrecht kann durch Sicherheitsleistung vom Gläubiger nicht abgewendet werden (410, vgl. 273).

---

[1] Vgl. Oertmann, S. 130 f. A. M. Planck, S. 193 f.

[2] Vgl. Hachenburg, a. a. O. S. 62 ff.

Digitized by Google

10. Wenn Militärpersonen, öffentliche Beamte, Geistliche oder Lehrer an einer öffentlichen Unterrichtsanstalt ihre Forderung auf Diensteinkommen, Wartegeld oder Ruhegehalt abtreten, soweit sie überhaupt abtretbar ist, so ist im Interesse der Sicherstellung der Kassenbeamten und der Ordnung des Kassenwesens die Kasse (Schuldnerin) nicht verpflichtet, sondern nur berechtigt, auf eine bloße Kenntniß von der Abtretung oder Benachrichtigung von Seiten des Beamten ꝛc. oder des neuen Gläubigers an den neuen Gläubiger zu zahlen. Verpflichtet ist die Kasse, sobald ihr durch den bisherigen oder den neuen Gläubiger Nachricht unter Aushändigung der öffentlich beglaubigten Abtretungsurkunde gegeben wird (411)[1].

II. Die Uebertragung der Forderung kraft Gesetzes (cessio legis).

A. Das BGB. erkennt den Uebergang der Forderung kraft Gesetzes in mehreren Fällen an: 268. 382. 1171. 1269. 426. 774. 1143. 1225. 1249. 1607. 1709[2], ferner bei der ehelichen Gütergemeinschaft ꝛc. in: 1438, Abs. 2. 1485, Abs. 3, 1519, Abs. 2. 1549.

B. In den Fällen der gesetzlichen Uebertragung vollzieht sich der Uebergang von dem bisherigen Gläubiger auf den neuen Gläubiger, sobald sich der Thatbestand verwirklicht, an den das Gesetz den Uebergang knüpft. In den Fällen (z. B. 268), in denen die Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner auf den Dritten, der den Gläubiger befriedigt hat, übergeht, ist der Uebergang nicht durch Kauf zwischen bisherigem und neuem Gläubiger vermittelt zu denken, sondern das Gesetz gewährt in dieser Form einen Ersatzanspruch des befriedigenden Dritten gegen den Schuldner mit dem identischen Inhalte der aufgehobenen Forderung. Neben diesem Ersatzanspruche bleiben sonstige Ersatzansprüche des Dritten gegen den Schuldner auf Grund desselben Vorganges als konkurrirende bestehen[3].

C. Die Grundsätze, die für die Abtretung gelten, finden auch Anwendung auf den gesetzlichen Uebergang der Forderungen. Das gilt besonders von der Abtretbarkeit der Forderungen (I. C.), von der Wirkung der Abtretung (I. D.), von dem Rechtsverhältnisse

---

[1] Bad. AG. z. BGB., Art. 11, Z. 2.
[2] Bad. AG. z. BGB., Art. 5, Abs. 4.
[3] Stammler, a. a. O., S. 202 ff. Hellmann, Krit. VJSchr., Bd. 41 (1899), S. 238.

Digitized by Google

zwischen bisherigem und neuem Gläubiger (I. E.) und dem zwischen neuem Gläubiger und Schuldner (I. F.). Im Einzelnen ergeben sich aber Abweichungen:

1. Die Grundsätze über die Haftung des alten Gläubigers gegenüber dem neuen für Bestand und Güte der Forderung finden keine Anwendung.

2. Dagegen besteht die Pflicht zur Auskunftsertheilung und Herausgabe der Beweisurkunden. Die Pflicht zur Ausstellung der Abtretungsurkunde modifizirt sich aber dahin, daß der bisherige Gläubiger eine den Uebergang betreffende, öffentlich beglaubigte Anerkennungsurkunde auszustellen hat (vgl. 408, Abs. 2).

3. Die Bestimmung in 408, Abs. 2, ist schon oben (S. 457) erwähnt.

4. Häufig ist bestimmt, daß der Uebergang nicht zum Nachtheil des Gläubigers geltend gemacht werden darf (268. 426. 774. 1143. 1225. 1249. 1607. 1709).

III. Die Uebertragung der Forderung durch richterliche Anordnung.

A. Ist eine Forderung gepfändet worden (Beschlagnahme), so hat der Gläubiger, zu Gunsten dessen die Beschlagnahme erfolgt ist, die Wahl, ob er die gepfändete Forderung zur Einziehung oder an Zahlungsstatt zum Nennwerthe überwiesen erhalten will (CPO. § 835, Abs. 1).

1. In beiden Fällen geht die überwiesene Forderung auf den Pfändungsgläubiger über, im ersten Fall wird seine Forderung getilgt, soweit er durch die Einziehung befriedigt wird, im zweiten Fall, soweit der Nominalbetrag der gepfändeten Forderung seine Forderung deckt, den Bestand der gepfändeten Forderung vorausgesetzt (CPO. § 835, Abs. 2).

2. Der Uebergang wird in beiden Fällen durch den Ueberweisungsbeschluß bewirkt und zwar in dem Momente, in dem derselbe dem Drittschuldner zugestellt ist (CPO. § 835, Abs. 3 und § 836, Abs. 1).

3. Nicht übertragbare Forderungen können nicht gepfändet werden, die nach 399 nicht übertragbaren Forderungen unterliegen aber der Pfändung insoweit, als ihr Gegenstand der Leistung der Pfändung unterliegt (CPO. § 851).

4. Die Pfändung und die auf Grund derselben erfolgende Ueberweisung ergreift kraft Gesetzes auch die Nebenrechte, Pfandrechte, Rechte gegen Bürgen.

Digitized by Google

5. Der Pfändungsgläubiger kann von seinem Schuldner die zur Geltendmachung der Forderung nöthige Auskunft verlangen und die Herausgabe der in seinem Besitze befindlichen Urkunden. Die Herausgabe kann der Gläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung bewirken (vgl. 402 mit CPO. § 836, Abs. 3).

6. Ist der Ueberweisungsbeschluß, wenn auch zu Unrecht, ergangen, so gilt er zu Gunsten des Drittschuldners gegenüber dem Schuldner (dem bisherigen Gläubiger des Drittschuldners) als rechtsbeständig bis er aufgehoben und die Aufhebung dem Drittschuldner angezeigt wird (vgl. 401. 409 mit CPO. § 836, Abs. 2).

7. Der Drittschuldner kann dem neuen Gläubiger alle Einwendungen entgegenstellen, die für ihn gegenüber dem bisherigen Gläubiger zur Zeit der Beschlagnahme begründet waren (404). Ueber die Aufrechnung vgl. 392.

8. Die nach 407 und 408 bedeutungsvolle Kenntniß kommt nicht in Betracht, weil es hier nur auf die Zustellung des Pfändungsbeschlusses ankommt, nicht darauf, ob der Drittschuldner von der Pfändung und Ueberweisung Kenntniß erhalten hat.

§ 101.

Die Schuldübernahme[1].

Eine Sondernachfolge in die Schuld in dem Sinne, daß in einem bestehenden Schuldverhältniß lediglich die Person des

[1] Materialien: M. II. S. 142 ff. P. I. S. 405 ff.; II. S. 472 ff.; V. S. 828; VI. S. 169 f. 322. D. S. 55 ff. Begründung der Nov. z. CPO., S. 137 f.

Litteratur; 1888: Bähr, Zur Beurtheilung, S. 44 ff. 1889: Bähr, Arch. f. bürg. Recht, Bd. 2, S. 97 ff. Seuffert, Beitr., H. 11, S. 37 ff., Gierke, Der Entwurf, S. 205 ff. Unger, Schuldübernahme. Krech, Beitr., H. 14, S. 141 ff. Opitz, Gutachten, S. 42. Jur. Tag 20, Bd. 4, S. 247 ff. Pr. Landes-Oek.-Koll., S. 110 ff. 335 ff. 838 ff. 912. 1890: Jacoby, Annalen d. d. Reichs, S. 846 ff. Adler, Arch. f. bürg. Recht, Bd. 3, S. 1 ff. Martinius, GA., S. 603 ff. Gebhart, GA., S. 285 ff. Westrum, GA., S. 245 ff. Neumann, Gruch. Beitr., Bd. 34, S. 450 ff. Heusler, Krit. VJSchr., Bd. 32, S. 185. Bähr, ebenda, S. 196. Zitelmann, Beitr., H. 9/10, S. 55. 96. 1892: Grützmann, Sächs. Arch., Bd. 2, S. 428 ff. Bähr, Gegenentwurf, S. 83 f. Jakubezky, Bemerkungen, S. 68 ff. 1893: Seligstein, Die Haftung des Unternehmers e. Handelsgeschäftes (Diss.). Münster, Ueber die Singularzession in Schulden (Dissert.). 1894: Strohal, Jahrb. f. Dogmatik, Bd. 33, S. 381 ff. 1895: Regelsberger, Pandekten I, § 147, Note 4. Wendt, Das allgemeine Anweisungsrecht, S. 260 ff. Ehrenzweig, Die sog. zweigliedrigen Ver-

Digitized by Google

Schuldners wechselt, vollzieht sich nach dem BGB. durch die Schuldübernahme (I—III). Daneben steht die gesetzliche Haftung des Uebernehmers eines Vermögens (IV)[1].

I. Die Schuldübernahme beruht stets auf einem darauf gerichteten Vertrage:

A. Ein Dritter übernimmt durch Vertrag mit dem Gläubiger die Schuld. Der Dritte (Uebernehmer) folgt dem bisherigen Schuldner in die Schuld nach. Der bisherige Schuldner wird frei, auch gegen seinen Willen. Der Gläubiger kann also auf diese Weise auch ohne Beobachtung von 397 die Schuld einseitig aufheben[2]. Das ist private oder befreiende Schuldübernahme (414). Die Auslegung kann aber ergeben, daß der Dritte nur neben dem alten Schuldner als Gesammtschuldner oder Bürge eintreten will (kumulative oder bestärkende Schuldübernahme). Im Zweifelsfalle muß man sich nach allgemeinen Grundsätzen für die letztere entscheiden[3].

B. Ein Dritter übernimmt durch Vertrag mit dem bisherigen Schuldner die Schuld, d. h. die Schuld soll von dem bisherigen Schuldner auf den neuen Schuldner übertragen sein. Dieser Vertrag bedarf zu seiner Wirksamkeit dem Gläubiger gegenüber der

träge, § 23. v. Blume, Novation, Delegation und Schuldübertragung, S. 86 ff. 1896: Kipp, Jahrbuch f. Dogm., Bd. 36, S. 336 ff. Eck, Jahrb. f. Dogm., Bd. 35, S. 294 ff. 1897: Davidsohn, Schuldübernahme als Zahlung (Dissert.). Tränkner, Sächs. Arch., Bd. 7, S. 593 ff. Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse, S. 206 ff. Bunsen I, § 62. 1898: Otto, Sächs. Arch., Bd. 8, S. 744 ff. Brettner, Gruch. Beitr., Bd. 42, S. 790 ff. Stobbe-Lehmann III, § 228. Hachenburg, Das BGB., S. 237 f. Leske, § 53. Weyl I, § 90 v. Blume, Jahrb. f. Dogm., Bd. 39, S. 390 ff. Regelsberger, ebenda, S. 463 ff. 1899: Kuhlenbeck, Von den Pandekten ꝛc. II, § 22. Cosack I, §§ 116. 117. Krückmann, § 48. v. Buchka, § 13. Endemann I, § 153. v. Blume, Jahrb. f. Dogm., Bd. 40, S. 109 ff. Dernburg, Das bürg. Recht II, §§ 155 bis 159. Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte, S. 159 ff. 390 ff. 413 ff.

[1] Fälle des gesetzlichen Ueberganges von Verpflichtungen in 556, Abs. 3. 571, Abs. 1. 1251, Abs. 2.

[2] Daß der Gläubiger mit dem Dritten, der nach 267 für den Schuldner leisten kann, nicht durch negativen Schuldanerkennungsvertrag (Quittungsvertrag) die Schuld aufheben kann, ist selbstverständlich. Stammler, S. 208, Note 1.

[3] Nicht aus den Grundsätzen der Schuldübernahme, sondern aus dem Verhältniß von Uebernehmer und Schuldner, beantwortet sich die Frage, ob der Unternehmer Rückgriff gegen den Schuldner hat. Möglicherweise liegt z. B. Geschäftsführung ohne Auftrag vor.

Digitized by Google

Genehmigung des Gläubigers. Dagegen ist diese Genehmigung nicht erforderlich zur Wirksamkeit des Vertrages zwischen Schuldner und Uebernehmer (415, Abs. 1). Mit der Genehmigung ist der alte Schuldner frei, der dritte Uebernehmer alleiniger Schuldner. Auch diese Schuldübernahme ist also privative oder befreiende. Von diesem Vertrage zwischen dem Dritten und dem Schuldner ist aber zu trennen:

1. Ein Vertrag, durch welchen der Dritte lediglich dem Schuldner verspricht, den Gläubiger durch Leistung zu befriedigen oder etwa den alten Schuldner dadurch zu befreien, daß er mit dessen Gläubiger eine Schuldübernahme gemäß 414 (A) herbeiführt. Das ist die Erfüllungsübernahme. Der Dritte will nicht in die Schuld nachfolgen. In solchem Falle kann von einer Genehmigung des Gläubigers nicht die Rede sein. Auch dann liegt ein Schuldübernahmevertrag nicht vor, wenn der Dritte dem Schuldner nur verspricht, den Gläubiger bewegen zu wollen, daß er ihn, den Dritten, als Schuldner annimmt. Hier kann aber auch die Absicht des Dritten vorliegen, dem Schuldner die ungünstigen Folgen des Schuldverhältnisses irgendwie abnehmen zu wollen (Garantievertrag).

2. Das Versprechen des Dritten an den Schuldner, an den Gläubiger leisten zu wollen, kann auch als Versprechen zu Gunsten des Gläubigers gemeint und dahin abgegeben sein, daß sich der Dritte neben dem alten Schuldner dem Gläubiger verpflichten wolle (329, vgl. Bd. I, § 87). Der Gläubiger gewinnt dann ein Forderungsrecht auch gegen den Dritten, der nun Gesammtschuldner mit dem alten Schuldner wird. Das wäre wieder kumulative Schuldübernahme.

Was gemeint ist, hat die Auslegung festzustellen; giebt diese kein sicheres Resultat, so ist wieder zunächst Erfüllungsübernahme und, wenn der Wille des Dritten feststeht, daß der Gläubiger ein Forderungsrecht auch gegen den Dritten haben soll, die kumulative vor der privativen Schuldübernahme anzunehmen.

II. Die Schuldübernahme durch Vertrag des Dritten mit dem Schuldner (415).

A. Der Vertrag ist zunächst gerichtet auf den Schuldübergang. Dazu ist erforderlich die Zustimmung des Gläubigers. Hat der Gläubiger beim Vertrage selbst oder schon vorher seine Genehmigung ertheilt, so hat der Vertrag die volle Wirkung des Ueberganges der Schuld auf den Uebernehmer und der Befreiung des bisherigen Schuldners.

Digitized by Google

1. Steht aber die Genehmigung des Gläubigers nach Abschluß des Vertrages noch aus, so ist die endliche Wirkung des Vertrages, d. h. die Uebertragung der Schuld, noch abhängig von der Genehmigung des Gläubigers (415, Abs. 1). Diese Genehmigung ist ein einseitiges selbständiges Rechtsgeschäft, das sowohl gegenüber dem einen wie gegenüber dem andern Vertragstheile vorgenommen werden kann. Die Genehmigung unterliegt den allgemeinen Regeln in 182—185. Daher sollte dem Gläubiger das Recht zur Genehmigung zustehen, sobald der Uebernahmevertrag geschlossen ist und unabhängig von einer Mittheilung der Parteien. Das wäre aber bedenklich für den Gläubiger, da er genehmigen könnte, nachdem die Parteien den Vertrag rückgängig gemacht haben, und bedenklich für die Parteien, wenn sie nach erfolgter Genehmigung in Unkenntniß derselben den Vertrag rückgängig gemacht oder geändert haben. Daher kann der Gläubiger nur genehmigen, wenn Schuldner oder Uebernehmer dem Gläubiger den Abschluß des Uebernahmevertrages angezeigt haben.

Die Vertragsparteien können nach geschehener Mittheilung im gegenseitigen Einverständnisse den Vertrag ändern oder aufheben (415, Abs. 1). Die Parteien können aber nicht einseitig vom Vertrage zurücktreten. Andererseits kann der Gläubiger nur genehmigen, sowie der Vertrag geschlossen ist. Er kann also nicht den alten Schuldner neben dem Uebernehmer festhalten wollen.

2. Mit dem Vertragsabschluß, nicht erst mit der Mittheilung, tritt also, wenn nicht inzwischen Aufhebung des Vertrages durch die Parteien (Schuldner und Uebernehmer) eintritt, eine objektive Gebundenheit des Uebernehmers ein (sog. dingliche Wirkung). Er kann von der erklärten Uebernahme der Schuld nicht einseitig zurücktreten. Die Schuld ist bereits auf den Uebernehmer vorbehaltlich der Genehmigung des Gläubigers übertragen. Wird die Genehmigung ertheilt, so tritt die Uebernahme definitiv und mit dem Vertragsschlusse in Wirkung (415, Abs. 1).

3. Wird die Genehmigung verweigert, so gilt die Uebernahme als nicht erfolgt. Die objektive Gebundenheit des Uebernehmers hört definitiv auf. Nachträgliche Genehmigung, etwa unter der Voraussetzung nochmaliger Aufforderung, ist ausgeschlossen (108. 177). Schuldner und Uebernehmer haben aber ein Interesse daran, über die Ertheilung oder Verweigerung der Genehmigung Gewißheit zu erhalten. Sie können daher dem Gläubiger eine Frist zur Erklärung setzen.

Digitized by Google

Erklärt der Gläubiger nicht die Genehmigung innerhalb der Frist, so gilt sie als verweigert (415, Abs. 2, vgl. B. 3. 2).

4. In dem Vertrage (Schuldübernahmevertrag), der die Schuld auf den Uebernehmer überträgt, liegt aber im Zweifel auch eine lediglich unter den Parteien wirkende Erfüllungsübernahme I. B. 3. 1). Daher: solange die Genehmigung nicht erfolgt ist oder nachdem sie verweigert ist, bleibt die Verpflichtung des Uebernehmers aus dieser Erfüllungsübernahme dem Schuldner gegenüber bestehen. Der Uebernehmer steht aber dem Schuldner im Zweifel nicht dafür ein, daß der Schuldübergang eintrete, die Genehmigung des Gläubigers also erfolge, sondern nur dafür, daß der Schuldner vom Gläubiger nicht in Anspruch genommen wird, daß der Uebernehmer also den Gläubiger rechtzeitig befriedige. Damit wird dem Interesse der Parteien völlig genügt sein (415, Abs. 3).

Eine ganz andere Frage ist es, ob schon durch die Schuldübernahme (gemäß 3. 2), wenn z. B. der Uebernehmer eine Schuld des Verkäufers in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen hat, der Verkäufer für den Kaufpreis Befriedigung erlangt hat, ob also Schuldübernahme Zahlung ist oder ob erst die Befreiung des Verkäufers von der Schuld diese Wirkung äußert?[1].

B. Der Fall der Schuldübernahme durch Vertrag des Erwerbers mit dem Veräußerer eines Grundstückes, in welchem Schulden, für die eine Hypothek[2] am Grundstücke besteht, in Anrechnung auf den Kaufpreis vom Käufer oder einem sonstigen Erwerber übernommen werden[3]. Hier ist es von Bedeutung, daß der Veräußerer baldmöglichst von der persönlichen Schuld befreit werde. Daher tritt eine besondere Regelung ein[4]:

1. Der Gläubiger erwirbt die persönliche Forderung gegen den Erwerber noch nicht mit Abschluß des Schuldübernahmevertrages zwischen Erwerber und Veräußerer, sondern erst mit seiner Genehmigung dieses Vertrages. Der Gläubiger kann aber nur genehmigen auf eine Mittheilung des Veräußerers hin. Sind seit dem Empfange der Mittheilung sechs Monate verstrichen, so gilt die Genehmigung

[1] v. Blume, a. a. O. (1895), S. 91.

[2] Ob den Hypothekenschulden auch Grund- und Rentenschulden gleichstehen, ist bestritten. Dafür Brettner, a. a. O. (1898), S. 794. Dagegen Planck zu 416. Dernburg a. a. O. (1899), S. 365.

[3] Das BGB. folgt hier dem bayer. Gesetz vom 29. Mai 1866.

[4] Vgl. v. Czoernig, Zeitschr. f. d. Priv.- und öff. Recht, Bd. 17 (1890), S. 105 ff.

Digitized by Google

als ertheilt, der Gläubiger hätte denn die Genehmigung vor Ablauf der Frist dem Veräußerer gegenüber stillschweigend oder ausdrücklich verweigert (416, Abs. 1).

2. Die Mittheilung muß schriftlich sein und den Hinweis auf die Folgen der Ertheilung der Genehmigung, d. h. den Schuldübergang auf den Erwerber, enthalten. Da die Vorschrift eben das Mißliche, daß persönliche Schuld und Eigenthum am Grundstück auseinanderfallen, vermeiden will, so darf die Mittheilung erst erfolgen, wenn der Erwerber als Eigenthümer im Grundbuche eingetragen ist (416, Abs. 2), d. h., erfolgte die Mittheilung früher, so ist das Schweigen des Gläubigers zwar nicht als Genehmigung zu deuten, eine auf die verfrühte Mittheilung erfolgte Genehmigung des Gläubigers hat aber volle Wirkung (Z. 1).

3. Das Interesse des Erwerbers ist dadurch gesichert, daß er vom Veräußerer die Mittheilung zu Z. 1 und Nachricht über Ertheilung und Verweigerung der Genehmigung verlangen kann (416, Abs. 4).

4. Daß der Erwerber durch Antrag an den Gläubiger eine Schuldübernahme gemäß 414 herbeiführt, ist durch 416 nicht ausgeschlossen.

5. Die Struktur dieser Schuldübernahme ist im Uebrigen die gleiche wie im Falle A. (415). Neben dem auf Schuldübernahme gerichteten Vertrage besteht auch hier im Zweifel die Erfüllungsübernahme (vgl. A. Z. 4).

C. Der gesetzlichen Regelung der Schuldübernahme in 415. 416 entspricht also weder die Kollektivofferten- oder Beitrittstheorie[1], noch die Stellvertretungstheorie, noch die Auf-

[1] Eine an diese sich anlehnende Auffassung vertreten v. Blume, a. a. O. (1898. 1899) und Hellwig, a. a. O. (1899): In 415 sei nur von dem schuldrechtlichen Vertrage zwischen Schuldner und Uebernehmer die Rede, durch den sich der Uebernehmer verpflichtet, den Schuldner zu befreien. Die Genehmigung des Gläubigers sei Annahme der in der Mittheilung liegenden Offerte des Uebernehmers zu einer Schuldübernahme nach 414. Diese Mittheilung könne vom Schuldner kraft gesetzlicher Ermächtigung für den Uebernehmer gemacht werden. — Ich vermag dieser Auffassung nicht beizutreten; sie steht und fällt mit der juristischen Möglichkeit der im Text vertretenen Auffassung. Solange die Unmöglichkeit dieser Auffassung nicht dargethan ist, wird man sich gegen eine Auslegung des Gesetzes erklären müssen, die diesem die auffallendsten Widersprüche zur Last legt. Zudem führt die Gegenauffassung keineswegs zu zweifelsfreien Ergebnissen. Vgl. Regelsberger, a. a. O. (1899). Planck zu 415. 416. Oertmann, S. 135. Dernburg, a. a. O., S. 356, Note 2.

Digitized by Google

fassung, die den Vertrag zu Gunsten des Dritten, des Gläubigers, geschlossen ansieht, sondern nur die Genehmigungstheorie. Das Gesetz giebt dem Schuldner das Recht, durch Vertrag die Schuld auf einen Andern zu übertragen. Dieser Vertrag ist ein Analogon des Vertrages zur Abtretung der Forderung, nur kann die Uebertragung der Schuld ohne Genehmigung des Gläubigers nicht vor sich gehen. Diese Genehmigung ist vom Schuldner und Uebernehmer beim Vertragsschluß in's Auge gefaßt. Mit ihrem Eintritt ist die noch fehlende Rechtsvoraussetzung der Schuldübertragung erfüllt wie durch die Existenz der Sache die des Verkaufes einer res futura. Die „Schuldübernahme" in 415. 416 ist der mit der Rechtsvoraussetzung der Genehmigung des Gläubigers vom Schuldner mit dem Uebernehmer geschlossene Schuldübertragungsvertrag. Aus diesem zunächst pendenten Vertrage erwächst den Parteien selbständig von einander das Recht, durch Mittheilung und Fristsetzung die Entscheidung über die Genehmigung des Gläubigers herbeizuführen. Selbstverständlich ist durch diesen Weg der andere gemäß 414 nicht abgeschnitten. Inwieweit etwa in einer Mittheilung gemäß 415 zugleich ein Antrag zu einem Vertrag nach 414 liegt, ist eine Auslegungsfrage [1].

III. Die Voraussetzungen und Wirkungen der Schuldübernahme (I. A. B. und II.).

A. Nur solche Schulden können übernommen werden, die nicht an die Persönlichkeit des Schuldners geknüpft sind. Schulden auf Genugthuung können also nicht übernommen werden. Auch kann die Uebernahme durch Vertrag mit dem Gläubiger ausgeschlossen sein. Der Konsens des Gläubigers kann hier keine Aenderung nachträglich herbeiführen. Stimmt der Gläubiger zu, so wird allerdings der Uebernehmer verpflichtet, der Schuldner frei, aber durch Schuldneuerung (Novation).

B. Wie weit die Schuld übernommen ist, ob nur die Hauptschuld oder auch die Nebenschulden, z. B. Zinsen, Vertragsstrafverpflichtung, ist Auslegungsfrage.

C. Der Schuldübernahmevertrag bedarf keiner Form.

D. Verhältniß des Uebernehmers zum Gläubiger.

1. Macht der Gläubiger die Forderung gegen den Uebernehmer

[1] Weiter geht anscheinend Dernburg, a. a. O., S. 357, Note 3.

Digitized by Google

geltend, so fragt es sich, welche Einreden[1] der Uebernehmer dem Gläubiger entgegenstellen kann.

a. Der Uebernehmer, der in die Schuld nachfolgt, kann alle Einreden dem Gläubiger entgegensetzen, die dem alten Schuldner gegen den Gläubiger aus dem zwischen ihnen bestehenden Schuldverhältniß zur Zeit der Uebernahme zustanden. Nur die mit der Persönlichkeit des Schuldners verbundenen Einreden[2] kann er nicht geltend machen (417, Abs. 1).

b. Eine dem Schuldner zustehende Forderung kann er nicht aufrechnen, weil die Schuld als eine eigene des Uebernehmers gilt und die Aufrechnung ein Recht des Schuldners ist, welches der Uebernehmer nicht vernichten darf. Es bedarf einer Zession der Gegenforderung an den Uebernehmer.

c. Der Uebernehmer kann die Ungültigkeit des zwischen ihm und dem Schuldner geschlossenen Uebernahmevertrages (415) gegen den Gläubiger geltend machen, also z. B., daß die Schuld schon bei der Uebernahme wegen vom Schuldner durchgeführter Aufrechnung nicht mehr existirte. Die Ungültigkeit des Vertrages kann auch dann geltend gemacht werden, wenn die Mittheilung nach 415 vom Uebernehmer ausgegangen ist. In diesen Fällen ist die Genehmigung des Gläubigers gegenstandslos gewesen. Ist dagegen die Schuldübernahme nach 414 zu Stande gekommen und war ihr eine Erfüllungsübernahme zwischen Schuldner und Uebernehmer vorausgegangen, so kann sich der Uebernehmer auf die Ungültigkeit der letzteren dem Gläubiger gegenüber nicht berufen.

d. Ausgeschlossen sind Einreden des Uebernehmers aus dem zwischen ihm und dem Schuldner bestehenden Rechtsverhältnisse, das als Grundverhältniß der Uebernahme erscheint. Sowohl die Schuldübernahme mit dem Gläubiger wie mit dem Schuldner (I. A. B. und II.) kommen hier in Betracht. Beide Verträge sind abstrakte Verträge; ist z. B. das Rechtsgeschäft, welches den Ueber-

[1] v. Blume, S. 122 ff. gewährt die rechtsvernichtenden Einreden schlechthin; die rechtsverfolgenden werden versagt, wenn in das Recht des Schuldners eingegriffen wird. Nur aus besonderen Gründen darf sich der Uebernehmer dieser bedienen, nämlich, wenn ihn der Schuldner ermächtigt, wenn es im Interesse des Schuldners liegt und zur Wahrung seiner Rechte dient. Dabei wird dann weiter geschieden zwischen rechtsverfolgenden Einreden zur Wahrung negativer RR. und solchen aus positiven RR.

[2] v. Blume, S. 123 ff. bes. bez. der Einrede des Nothbedarfes (benef. competentiae). Diese ist nach dem BGB. im Falle der Schenkung keine rein persönliche. Stammler, a. a. O., S. 179.

Digitized by Google

nehmer dem Schuldner zur Uebernahme verband, ein gegenseitiger Vertrag, so kann der Uebernehmer nicht aus diesem die Einrede des nicht erfüllten Vertrages gegen den Gläubiger geltend machen (417, Abs. 2).

Dagegen kann der Uebernehmer Einreden gebrauchen, die in seinem Verhältniß zum Gläubiger begründet sind, die also der Thatbestand des Schuldverhältnisses beim Schuldner nicht begründete.

2. Gehen mit der Schuld die Neben- und Vorzugsrechte über[1]?

a. An sich müssen die Nebenrechte (Bürgschaften, Pfandrechte) nicht untergehen, da ja eine Nachfolge in die Schuld stattfindet. Dieser formale Gesichtspunkt ist aber nicht entscheidend. Die Persönlichkeit und Kreditwürdigkeit des Schuldners spielen bei der Begründung der fraglichen Rechte eine entscheidende Rolle. Daher gehen Bürgschaften und Pfandrechte unter. Eine Hypothek erlischt wie durch Verzicht des Gläubigers. Es können aber diese Rechte aufrecht erhalten werden durch Einwilligung des Bürgen oder Desjenigen, dem zur Zeit der Schuldübernahme der Pfandgegenstand gehört, sei es, daß dies der Schuldner, der Uebernehmer oder ein Dritter ist. Es handelt sich hierbei um die Einwilligung zu der von den Vertragsparteien gewollten Weiterhaftung der Bürgen und Pfänder. Die Bürgen ꝛc. haben ihre Einwilligung demnach den Parteien zu erklären[2]. Daß der Bürge sich für die Schuld schlechthin oder der Verpfänder den Gegenstand ebenso haftbar macht, so daß auch in diesen Fällen diese Rechte fortdauern, hat praktische Bedeutung nicht (418, Abs. 1)[3].

b. Vorzugsrechte, die sich mit der Forderung im Falle des Konkurses oder der Zwangsvollstreckung verbinden, können im Konkurse ꝛc. des Uebernehmers vom Gläubiger nicht geltend gemacht werden wegen der zwingenden Vorschriften über die Rangordnung, welche durch die rechtsgeschäftliche Disposition nicht ausgeschlossen werden können (418, Abs. 2). Allerdings kann der Uebernehmer als Schuldner diese Rangordnung und damit das Interesse seiner Gläubiger alteriren, wenn er bevorrechtigte Forderungen eingeht. Bedenklicher ist aber doch wohl die Uebernahme privilegirter Schulden.

IV. Während in den unter I.—III. besprochenen Fällen die

[1] v. Blume, Novation ꝛc., S. 128 ff.
[2] Vgl. aber v. Blume, a. a. O., S. 130 f.
[3] Vgl. aber Stammler, a. a. O., S. 213.

Digitized by Google

Haftung des Uebernehmers sich anknüpft an die durch Vertrag bewirkte und genehmigte Uebernahme der Schuld, wird außerdem eine gesetzliche persönliche Haftung Desjenigen ausgesprochen, der durch Vertrag das Vermögen eines Andern übernimmt (419).

A. Der Uebernehmer des Vermögens haftet für alle Schulden des Veräußerers, die zur Zeit des Abschlusses des Vertrages bestanden. Die Anwendbarkeit von 419 ist nicht ausgeschlossen, wenn der Veräußerer einzelne Objekte zurückbehält, ebenso nicht, wenn es sich nur um ein Sondervermögen handelt (Geschäftsvermögen, HGB. § 25) oder um einen Bruchtheil des Vermögens, wohl aber bei Uebergang eines einzelnen Vermögensstückes.

B. Nur vertragsmäßige Uebernahme, also unter Lebenden, ist in Frage, ausgeschlossen ist der besonders geregelte Verkauf der Erbschaft (2371—2385). Es gehören z. B. hierher: Schenkung eines Vermögens, Vitalizien- und Alimentenvertrag, Gutsabtretung, Geschäftsübergabe.

C. Die gesetzliche Haftung knüpft sich unmittelbar an den Vertragsschluß, nicht an die Ausfolgung des Vermögens an den Erwerber. Sie knüpft sich an den Vertragsschluß, auch wenn eine vom Gläubiger genehmigte Schuldübernahme nicht vorliegt. Die Haftung ist also auch vom Rechtsbestande des Vertrages abhängig. Die Rechtfertigung der Haftung liegt darin, daß die im Vertrage übernommenen Schulden zuvor aus dem mit erworbenen Aktivum befriedigt werden sollten und deshalb auch dauernd Befriedigung finden müssen.

D. Die gesetzliche Haftung kann durch Vereinbarung zwischen Uebernehmer und Schuldner nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden.

E. Die Haftung des bisherigen Schuldners wird nicht aufgehoben. Es liegt also nur ein Analogon der kumulativen oder bestärkenden Schuldübernahme vor.

F. Umfang der Haftung des Uebernehmers.

Der Uebernehmer haftet mit dem übernommenen Vermögen und den ihm aus dem Vertrage gegen den Veräußerer zustehenden Ansprüchen. Wenn sich der Uebernehmer auf die Beschränkung seiner Haftung beruft, also die Unzulänglichkeit des Vermögens behauptet, so muß er das Vermögen zum Zwecke der Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung an die Gläubiger des Schuldners herausgeben. Der Uebernehmer ist den Gläubigern aus der Verwaltung des Vermögens verantwortlich und berechtigt nach 1978 und 1979. Eine eingetretene Aufhebung durch Vereinigung gilt im Verhältniß der Gläubiger zum Uebernehmer als nicht erfolgt. Die rechtskräftige

Digitized by Google

Verurtheilung des Uebernehmers, die ein Gläubiger erlangt hat, hat den übrigen Gläubigern gegenüber Bestand ebenso wie die Befriedigung. Der Uebernehmer ist also nicht verpflichtet, die Gläubiger verhältnißmäßig zu befriedigen. Reicht das Vermögen nicht aus, so darf der Uebernehmer Auflagen nur insoweit erfüllen, als sie im Konkursfalle zur Berichtigung kommen würden (1990. 1991).

G. Die Verpflichtungen und Rechte des Uebernehmers gegen den Veräußerer ergeben sich aus dem Vertrage. Für den Uebergang des Aktivvermögens gilt nichts Besonderes.

---

5. Kapitel.

Die Mehrheit von Gläubigern und Schuldnern.

§ 102.

Die Mehrheit der Gläubiger und Schuldner[1].

Die Betheiligung mehrerer Gläubiger oder mehrerer Schuldner an einem Schuldverhältniß kann zu Theilschuldverhältnissen

---

[1] Materialien: M. II. S. 153 ff. P. I. S. 430 ff. 627 f. D. S. 57.

Litteratur: 1888: Hartmann, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 73, S. 392 ff. 398 f. 1889: Gierke, Der Entwurf, S. 209 f. Derselbe, Beitr., H. 18, S. 76 ff. Seuffert, Beitr., H. 11, S. 27. 34. 51 ff. Planck, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 75, S. 340 ff. Strützki, Jur.-Tag 20, Bd. 1, S. 179. Rümelin, Jahrbuch für Dogm., Bd. 28, S. 478 ff. Neumann, Gruch. Beitr., Bd. 33, S. 106. Goldschmidt, Krit. Erörterungen, S. 125 ff. 1890: Jacoby, Annalen des d. Reichs, S. 850 ff. Boyens, GA., S. 1049 ff. Reatz, GA., S. 1095 ff. Gebhart, GA., S. 289 ff. Westrum, GA., S. 247 ff. Heusler, Krit. VJSchr., Bd. 32, S. 185. 1892: Grützmann, S. Arch., Bd. 2, S. 432 ff. Bähr, Gegenentwurf, S. 67 ff. Jakubezky, Bemerkungen, S. 71 ff. 1894: Cretschmar, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 82, S. 138 ff. 1895: Eisele, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 84, S. 295 ff. Hruza, Sächs. Arch., Bd. 5, S. 193 ff. 273 ff. 401 ff. 1896: Crome, Jahrb. für Dogm., Bd. 35, S. 100 ff. 1897: Schott, Ueber Zession von Korrealobligationen (Dissert.). Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse, S. 246 ff. Bunsen I, § 63. 1898: Leske, § 54. Weyl I, § 91. Otto, Sächs. Arch., Bd. 8, S. 750 ff. Stobbe-Lehmann III, § 221. Goldmann-Lilienthal, S. 177 ff. 1899: Kuhlenbeck, Von den Pandekten ꝛc. II, § 18. Binder, Die Korrealobligationen im röm. und heutigen R.

Digitized by Google

(I.), zum Gesammtschuldverhältniß (II.), zur Gesammtforderung auf untheilbare Leistung (III.) und zum Schuldverhältniß zur gesammten Hand (IV.) führen. Liegen dagegen mehrere Schuldverhältnisse vor, bei denen nur die Leistung die gleiche ist oder bei denen die einzelne Leistung als Theil einer Gesammtleistung gedacht ist, so gehören diese Fälle nicht hierher, z. B. der A. verpflichtet sich den B. und den C., seine Mitmiether, zu bestimmten Tagesstunden keine Musik zu machen, oder der A., der 100 Sack Kaffee braucht, bestellt bei B. und C. je 50.

I. Das Theilschuldverhältniß.

Haben mehrere Gläubiger eine theilbare Leistung zu fordern oder mehrere Schuldner eine solche zu bewirken, so verfällt das Schuldverhältniß in so viele selbständige Theilschuldverhältnisse (Theilforderungen, Theilschulden), als Gläubiger oder Schuldner betheiligt sind. Die Betheiligung kann eine ursprüngliche oder erst später, z. B. durch Erbfolge, eintretende sein. Im Zweifel sind die mehreren Gläubiger und die mehreren Schuldner zu gleichen Antheilen berechtigt bez. verpflichtet (420). Durch die Struktur des gegenseitigen Vertrages kann eine gewisse Einheitlichkeit aller Theilschuldverhältnisse bewirkt werden (320, Abs. 1; Bd. I, § 86).

Das Theilschuldverhältniß setzt stets theilbare Leistung (Bd. I, § 73) voraus, ist also bei untheilbarer Leistung stets ausgeschlossen. Aber auch bei theilbarer Leistung kann nach der Parteiabsicht oder nach Gesetz eine andere Form der Betheiligung der Mehreren festgesetzt sein.

II. Das Gesammtschuldverhältniß.

Das Gesammtschuldverhältniß kann Gesammtforderung oder Gesammtschuld ergeben. Die Leistung kann eine theilbare oder untheilbare sein.

A. Die Gesammtschuld.

Sind Mehrere als Gesammtschuldner verpflichtet, so ist jeder von ihnen zur ganzen Leistung verpflichtet; daher kann der Gläubiger nach seinem Belieben jeden der Gesammtschuldner auf die ganze oder die theilweise Leistung belangen. Der Gesammtschuldner hat keinen Anspruch auf Theilung (beneficium divisionis) oder darauf, daß ein anderer Mitschuldner zuvor belangt werde (Vorausklagung,

---

Cosack I, §§ 118—120. Krückmann, § 49. v. Buchka, § 14. Endemann I, §§ 154. 155. Dernburg, Das bürgerliche Recht II, §§ 160—166.

Digitized by Google

beneficium excussionis). Die Erhebung der Klage gegen einen und die Verurtheilung eines berührt die Verpflichtung der übrigen Mitschuldner nicht. Der Gläubiger kann auch sämmtliche Mitschuldner oder mehrere von ihnen als Streitgenossen belangen, er kann die einzelnen Gesammtschuldner selbständig nebeneinander oder nacheinander auf die ganze oder auf die theilweise Leistung in Anspruch nehmen. Immer soll aber der Gläubiger die Leistung nur einmal erhalten. Der Zweck der Gesammtschuld ist derjenige der Erleichterung und Sicherung der Rechtsverfolgung für den Gläubiger.

1. Die Entstehung der Gesammtschuld beruht auf Rechtsgeschäft oder Gesetz. Im ersteren Falle muß der Parteiwille auf die gesammtschuldnerische Verpflichtung gerichtet sein. Das Rechtsgeschäft kann Vertrag oder einseitiges Rechtsgeschäft sein, wie Auslobung oder Ausstellung von Schuldverschreibungen auf den Inhaber. Kraft gesetzlicher Vorschrift tritt Gesammtschuld ein:

a. Wenn sich Mehrere in einem Vertrage gemeinschaftlich zu einer theilbaren Leistung verpflichten (427). Durch diese Regel ist die unter I. erörterte (420) durchbrochen. Die Parteien können aber den Eintritt des Theilschuldverhältnisses bestimmen, da es sich in 427 nur um eine ergänzende Vorschrift handelt. Welcher Art der Vertrag (abstrakt oder kausal) ist, ist für die Anwendung der Vorschrift in 427 gleichgültig. Die Gesammthaftung bezieht sich auf alle sich aus dem Vertrage ergebenden Leistungen. Voraussetzung ist aber, daß die Schuld gemeinschaftlich durch Vertrag übernommen ist, d. h. alle Schuldner müssen den Vertrag gemeinsam geschlossen haben oder er muß für alle durch einen Dritten als Vertreter aller geschlossen sein. Uebernehmen also Mehrere getrennt dieselbe theilbare Leistung, so kommt es lediglich auf die Auslegung an. Im Zweifel tritt dann Theilschuldverhältniß nach 420 ein.

b. Alle an einer unerlaubten Handlung als Mitthäter, Anstifter, Gehülfen Betheiligten haften für den Ersatz des Schadens als Gesammtschuldner (840, Abs. 1; vgl. aber 835, Abs. 3). Ebenso liegt es bei schuldhafter Verletzung von Vertragsverhältnissen.

c. Gesammtschuld liegt auch vor, wenn Mehrere aus irgend welchem Rechtsgrunde eine untheilbare Leistung schulden (431). Wandelt sich z. B. wegen verschuldeter Unmöglichkeit der untheilbaren Leistung diese in eine theilweise Ersatzleistung in Geld, so bleibt es bei der Gesammtschuld.

d. Außerdem hat das Gesetz in zahlreichen Fällen die Gesammtschuld ausdrücklich festgestellt. Auch hier bleibt die Anwendung der

Digitized by Google

Regel unter I. (420) immer ausgeschlossen, z. B. in: 42. 53. 54. 86. 89. 769. 840, Abs. 1. 1108. 1388. 1459 ff. 1480. 1530, Abs. 2. 1833. 2058 ff. 2219. 2151 ff. Hierzu treten zahlreiche Fälle des Reichsrechtes.

2. Der Inhalt der Verpflichtung der einzelnen Gesammtschuldner braucht nicht identisch zu sein. Es kann der eine Gesammtschuldner schlechthin, der andere unter Bedingung oder Befristung oder alle können unter verschiedenen Bedingungen oder Befristungen schulden.

So sind weiter auch alle Verpflichtungen regelmäßig ihrem Bestande nach völlig unabhängig von einander. Ist die Verpflichtung des einen Mitschuldners, z. B. wegen Geschäftsunfähigkeit, nichtig oder wegen Zwanges oder Irrthumes anfechtbar, so ist damit nicht auch die Verpflichtung der übrigen Mitschuldner in gleicher Weise mangelhaft. Nur aus besonderen Gründen tritt diese gegenseitige Abhängigkeit ein (accessorische Eigenschaft, Bestimmung der Abhängigkeit durch Parteiwillen). Ob in dieser Beziehung auch die Anwendung von 139 in Frage kommt, hängt davon ab, ob in der gemeinschaftlichen vertragsmäßigen Uebernahme einer theilbaren Leistung nach 427 ein Rechtsgeschäft oder mehrere Rechtsgeschäfte zu sehen sind. Das letztere ist der Fall schon aus praktischen Rücksichten und wegen der Parteiabsichten[1]. Für die Begründung durch Rechtsgeschäft von Todeswegen kommt aber 139 nicht in Frage, sondern 2085 (vgl. Bd. I, § 55).

3. Die Aufhebung der Gesammtschuld.

Hier ist zu unterscheiden zwischen Thatsachen, die, obwohl sie sich nur auf das Schuldverhältniß zwischen dem Gläubiger und einem der Gesammtschuldner beziehen, doch alle Schuldverhältnisse ergreifen und aufheben (absolute Wirkung), und denjenigen Thatsachen, die auf das einzelne Schuldverhältniß beschränkt bleiben (relative Wirkung).

a. Zu den ersteren gehören:

α. Die Erfüllung. Die Erfüllung durch einen Gesammtschuldner befreit alle übrigen[2]. Ebenso die Erfüllung durch einen Dritten (267). Mit der Erfüllung werden also auch alle Bürgen und Pfänder der einzelnen Mitschuldner frei. Theilerfüllung bewirkt die Aufhebung für alle auch nur zum Theil (422, Abs. 1).

---

[1] Vgl. Dernburg, a. a. O., S. 373.

[2] Stammler, S. 255. Jede Einzelforderung ist durch die Erfüllung der anderen resolutiv bedingt.

Digitized by Google

β. Was von der Erfüllung gilt, gilt auch von der Leistung an Erfüllungsstatt, der Novation, der Hinterlegung und der Aufrechnung (422, Abs. 1). Die Voraussetzungen zur Hinterlegung müssen in der Person des Gesammtschuldners vorliegen, der von ihr Gebrauch macht. Alle Mitschuldner werden frei, sobald das Recht zur Rücknahme ausgeschlossen ist. Besteht das Recht zur Rücknahme, so können der Hinterlegende und seine Mitschuldner den Gläubiger auf das Hinterlegte verweisen. Im Falle der Rücknahme geht dieses Recht allen Mitschuldnern verloren. Hat der eine Gesammtschuldner öffentlich versteigert und den Erlös hinterlegt, so ist, wenn die Rücknahme ausgeschlossen ist, allseitige Befreiung eingetreten; andernfalls besteht das Verweisungsrecht für alle Mitschuldner, solange die Rücknahme nicht erfolgt ist. Berufen sich die Mitschuldner auf die Hinterlegung, so haben sie auch ein Verschulden des Hinterlegenden in den Fällen 374, Abs. 2, und 384, Abs. 2, zu vertreten, was mit Rücksicht auf 425, Abs. 2, allerdings zweifelhaft sein kann.

Durch die Geltendmachung des gesetzlichen Aufrechnungsrechtes und durch den Aufrechnungsvertrag wird die Schuld für alle Gesammtschuldner aufgehoben. Das Recht der Aufrechnung steht dem Gesammtschuldner nicht zu wegen der Gegenforderung seiner Mitschuldner, auch nicht derjenigen, mit denen er im Gesellschaftsverhältnisse steht (422, Abs. 2).

b. Bei anderen Thatsachen ist ihre Tragweite verschieden.

α. Beim Erlaß und beim negativen Schuldanerkennungsvertrag (397) kommt es darauf an, ob der Erlaß die Schuld beseitigen soll oder ob der Gläubiger und der einzelne Mitschuldner, die den Erlaßvertrag schließen, nur das zwischen ihnen bestehende Forderungsrecht aufheben wollen. Nur der Erlaß im ersten Sinne, und hier auch der entgeltliche, hebt alle Gesammtschulden auf (423). Im Zweifel muß man sich aber für die nur relative Wirkung des Erlasses entscheiden.

β. Der Vergleich kann Erfüllung oder Leistung an Erfüllungsstatt in sich schließen. Die Wirkung bestimmt sich dementsprechend. Es kann auch theilweiser Erlaß verbunden mit Erfüllungsversprechen vorliegen; letzteres hat nur relative Wirkung (425, Abs. 1 und 2), der theilweise Erlaß dagegen absolute. Der unbetheiligte Mitschuldner aber, der den theilweisen Erlaß geltend macht, muß auch das Erfüllungsversprechen anerkennen. Der Vergleich kann endlich nur die Beziehung der Vergleichsparteien regeln sollen und wirkt dann von vornherein nur relativ.

Digitized by Google

γ. Eine Schuldübernahme (414. 415) kann sowohl einen wie auch alle Gesammtschuldner befreien sollen.

δ. Der Verzug eines Gesammtschuldners hat im Zweifel nur relative Wirkung und die Mahnung, die an einen Gesammtschuldner gerichtet ist, hat nur diesem gegenüber Bedeutung, vorausgesetzt natürlich, daß der Gemahnte nicht Vertreter seiner Mitschuldner ist. Was von der Mahnung gilt, gilt auch von der Kündigung (425). Anders liegt es beim Annahmeverzuge. Dieser hat immer absolute Wirkung. Das Anerbieten eines Mitschuldners setzt den Gläubiger auch allen übrigen Mitschuldnern gegenüber in Verzug und begründet für sie die Rechte aus dem Verzug gegen den Gläubiger (424). Erklärt dann hinterher der Gläubiger seine Bereitwilligkeit zur Annahme einem Gesammtschuldner mit der Wirkung der Mahnung, so wird nur dieser in Leistungsverzug gesetzt werden können (425)[1].

ε. Die Verschuldung eines Gesammtschuldners hat, wenn nicht andere Vereinbarung vorliegt, Wirkung nur für diesen (425).

ζ. Unverschuldete Unmöglichkeit der Leistung, soweit sie nur in der Person eines Gesammtschuldners zutrifft, befreit nur diesen. Nur wenn der Zufall oder die Verschuldung eines Gesammtschuldners eine allgemeine Unmöglichkeit für alle Mitschuldner herbeigeführt hat, tritt Befreiung für alle Mitschuldner ein. Die vollendete Verjährung, die Unterbrechung und Hemmung einer laufenden Verjährung wirken nur relativ. Die Bestimmung hat den Charakter ergänzenden Rechtes. Das Gleiche gilt von der Vereinigung und dem liberatorischen Urtheil, das ein Mitschuldner erreicht (425). Hat die Vereinigung beschränkte Bedeutung, so kann der betreffende Schuldner als Gläubiger die übrigen auf das Ganze belangen abzüglich des Theiles, zu dem er selbst ausgleichungspflichtig ist. Hat sie unbeschränkte Bedeutung, so hat er gegen die einzelnen Mitschuldner den Regreß nach 426. Besteht ein Ausgleichungsanspruch nicht, so kommt es auf den einzelnen Fall an, ob beschränkte oder unbeschränkte Wirkung eintritt (vgl. 1833, Abs. 2). Der Grund des dispositiven Rechtes ist: dem wahlberechtigten Gläubiger soll nicht die Auswahl unter den mehreren Schuldnern entzogen werden[2].

4. Das Rechtsverhältniß der Gesammtschuldner zu einander (426).

a. Wenn nicht Gesetz (840. 841. 1833) oder Rechtsgeschäft ein Anderes bestimmen, so sind die Gesammtschuldner in ihrem Ver-

[1] A. M. Oertmann, S. 144.

[2] Vgl. Stammler, a. a. O., S. 260.

Digitized by Google

hältniß zu einander *Theilschuldner mit der Begründung* der Gesammtschuld. Sie sind daher *einander* verpflichtet, jeder zu seinem Theile zur Leistung mitzuwirken und beizutragen, und ist von einem von ihnen die Leistung bewirkt, so trifft die anderen kraft Gesetzes, nicht nur auf Grund des unter ihnen etwa bestehenden Rechtsverhältnisses (Gesellschaft), die *Ausgleichungspflicht*. Der Mitschuldner, der die Befriedigung bewirkt hat, hat das entsprechende Recht des Rückgriffes. Kann von einem der Ausgleichungspflichtigen sein Antheil z. B. wegen Zahlungsunfähigkeit nicht erlangt werden, so wächst damit der Antheil aller übrigen Mitschuldner und entsprechend ihre Ausgleichungspflicht.

b. Sobald ein ausgleichungsberechtigter Mitschuldner den Gläubiger befriedigt hat, sei es auch nur in Höhe seines Antheiles (z. B. durch Zahlung einer Rate, die der Höhe seines Antheiles entspricht)[1], so gehen die Forderungen des befriedigten Gläubigers gegen die übrigen Mitschuldner auf den Befriedigenden, soweit die Befriedigung und die Ausgleichungspflicht geht, mit allen Nebenrechten (Pfandrechten, Bürgen, Vorzugsrechten im Konkurse und in der Zwangsvollstreckung) über (vgl. Bd. I, § 100). Dieser Uebergang rechtfertigt sich dadurch, daß der leistende Mitschuldner im Verhältniß zu den Mitschuldnern eine *fremde* Schuld erfüllt. Zur Feststellung des Umfanges der Ausgleichungspflicht ist nicht nur auf den Umfang der *Befriedigung* des Gläubigers, sondern zugleich darauf zu sehen, welchen *Aufwand* der leistende Mitschuldner zum Zwecke der Befriedigung gemacht hat (z. B. Leistung einer minderwerthigen Sache an Erfüllungsstatt)[2].

Der Uebergang der Forderungen erfolgt auf der Grundlage des internen Verhältnisses. Die regreßpflichtigen Mitschuldner sind nicht Gesammtschuldner, z. B. A. B. C. D. schulden 1200, A. zahlt 600. Diese Forderung von 600 geht auf A. über, erlischt aber durch Vereinigung zu 150, B. C. D. sind dem A. auf je 150 ausgleichungspflichtig. Wenn einer der haftenden Mitschuldner zahlungsunfähig wird, z. B. der B., so erweitert sich der Antheil Aller, auch der des A., ferner die Ausgleichungspflicht und damit auch das Maß des Ueberganges der Forderung gegen die Mitschuldner, d. h. A. hat gegen C. und D. einen Anspruch auf je 200[3].

---

[1] A. M. Oertmann, S. 146. Wie hier: *Goldmann-Lilienthal*, S. 146. *Planck*, S. 217.

[2] Dernburg, a. a. O., S. 380. Oertmann, S. 146.

[3] So Cosack, a. a. O., S. 120.

Digitized by Google

c. Durch Gesetz oder Rechtsgeschäft können die Antheile an der Schuld für die einzelnen Gesammtschuldner verschieden bestimmt sein und die Ausgleichungspflicht kann ausgeschlossen sein. Solche Ausnahmen stellt das Gesetz in gewissen Fällen auf, in denen Mehrere als Gesammtschuldner für den aus unerlaubten Handlungen entstandenen Schaden verantwortlich sind. Hier tritt für Den, der Ersatz geleistet hat, der Ausgleichsanspruch ein, gleichgültig, ob der Ersatzleistende vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat. Von dieser Regel normirt 840, Abs. 2 und 3. 841 Ausnahmen. — Eine weitere Ausnahme ergiebt sich, wenn neben dem Vormunde wegen Verletzung der Aufsichtspflicht der Gegenvormund oder Mitvormund für den vom Vormund verursachten Schaden haftet (1833, Abs. 2). — Mitbürgen sind Gesammtschuldner und unter ihnen besteht die Ausgleichungspflicht nur nach 426.

d. Wie lange kann ein Gesammtschuldner zur Ausgleichung herangezogen werden? Besteht ein besonderes Rechtsverhältniß unter den Gesammtschuldnern auf Grund von Gesetz oder Vertrag, wie z. B. unter Gesellschaftern oder Miterben, so richtet sich die Haftung nach diesem Rechtsverhältniß. Besteht ein solches besonderes Rechtsverhältniß nicht, so ist Regreß nur nach 426 möglich. Hier würde, wenn der Gesammtschuldner vor Entstehung des Rückgriffsanspruches ausgeschieden ist, kein Rückgriff mehr möglich sein[1].

B. Die Gesammtforderung. Jeder der mehreren Gesammtgläubiger ist forderungsberechtigt auf die ganze Leistung; diese soll aber nur einmal vom Schuldner erbracht werden.

Der Zweck der Begründung einer Gesammtforderung ist auch hier Erleichterung der Rechtsverfolgung gegen den Schuldner, da jeder Gläubiger fordern und so mit seinem Interesse auch das der übrigen Gläubiger wahren kann, aber auch Erleichterung des Schuldners, da er sich den Gläubiger, dem er am Leichtesten leisten kann, wählen darf. Dieses Wahlrecht kann nicht aufgehoben werden, auch nicht durch die Klageerhebung eines Gläubigers gegen den Schuldner. Auch nach Rechtshängigkeit und in der Zwangsvoll-

---

Stammler, a. a. O., S. 250 f. Dernburg, a. a. O., S. 380. A. M. Fischer-Henle zu 426: B. C. D. würden, wie dem Gläubiger, so dem A. auf 450 solidarisch verpflichtet sein, zahlte Einer von ihnen, so ginge wieder auf ihn die Forderung des A über ꝛc. Die solidarische Haftung steht aber in Widerspruch mit 426, Abs. 1.

[1] So Stammler, a. a. O., S. 250. A. M. Fischer-Henle zu 426. Planck, S. 217. Oertmann, S. 146. Dernburg, a. a. O., S. 380; V.

Digitized by Google

ſtreckungslage kann der Schuldner ſich durch Zahlung an einen andern Geſammtgläubiger befreien. Ebenſo kann jeder Geſammtgläubiger unabhängig vom andern die Klage gegen den Schuldner erheben und durchführen (428).

1. Entſtehung. Es gilt auch hier zunächſt die Vorſchrift in 420, d. h., wenn Mehrere eine theilbare Leiſtung zu fordern haben, ſo tritt im Zweifel Theilberechtigung zu gleichen Antheilen ein. Abgeſehen davon kommt es auf die Auslegung des Rechtsgeſchäftes (Vertrages) bez. des Geſetzes an, um feſtzuſtellen, ob Geſammtforderung eintreten ſoll oder nicht. Haben Mehrere durch Vertrag gemeinſchaftlich die Forderung erworben oder haben ſie eine untheilbare Leiſtung zu fordern, ſo folgt daraus noch nicht die Geſammtforderung.

Außerdem kann die Geſammtforderung durch Vermächtniß (2151) begründet ſein[1].

2. Für den Inhalt der Geſammtforderungen gilt i. A. das Gleiche wie bei der Geſammtſchuld (A. Z. 2.).

3. Die Aufhebung.

Auch hier iſt zwiſchen Thatſachen mit abſoluter und relativer Wirkung zu unterſcheiden (429).

a. Iſt vom Schuldner einem Mitgläubiger Erfüllung erbracht oder an Erfüllungsſtatt geleiſtet oder die Hinterlegung mit Ausſchluß der Zurücknahme bewirkt oder die Aufrechnung[2] vollzogen, ſo ſind alle Forderungen erloſchen.

b. Schuldneuerung (Novation), Erlaß und negativer Schuldanerkennungsvertrag wirken ſie nach der Abſicht der Parteien relativ oder abſolut.

c. Kündigung eines Geſammtgläubigers an den Schuldner, Mahnung des Schuldners durch einen Gläubiger, Verzug des Schuldners, das Verſchulden eines Mitgläubigers, Unmöglichkeit der Leiſtung an einen der Geſammtgläubiger, Unter-

[1] Ob die Fälle in 525, Abſ. 2 und 2194 als geſetzliche Fälle der Geſammtforderung mit Dernburg, a. a. O., S. 381, Note 2 bezeichnet werden dürfen, kann doch zweifelhaft ſein.

[2] Der Schuldner kann dem einen Geſammtgläubiger gegenüber nur mit Forderungen aufrechnen, die ihm gegen dieſen Gläubiger zuſtehen. Er kann die Aufrechnung, die gegenüber einem Gläubiger begründet iſt, auch nicht gegenüber einem anderen Gläubiger erklären, wie Dernburg, a. a. O., S. 382, will, ſondern er kann nur eine gegenüber einem Gläubiger erklärte Aufrechnung gegenüber allen anderen Gläubigern einwenden.

Digitized by Google

brechung und Hemmung der Verjährung durch einen Gesammtgläubiger, ebenso die Vollendung der Verjährung zum Nachtheil eines Gläubigers wirken nur relativ. So auch das freisprechende Urtheil, das der Schuldner nur einem der Gläubiger gegenüber erlangt. Jedoch kann auf Grund von Parteiabrede oder nach der Natur des Rechtsverhältnisses die unbeschränkte Wirkung sich ergeben.

d. Setzt aber der Schuldner einen der Gesammtgläubiger in Verzug, so wirkt das auch gegen die übrigen Mitgläubiger.

e. Die Vereinigung von Forderung und Schuld in der Person eines Gläubigers hat absolute Wirkung. Die Forderungsrechte der übrigen Gläubiger erlöschen. Auf diese Weise bleibt dem wahlberechtigten Schuldner das Wahlrecht nach Vereinigung erhalten (vgl. 425). Die Bestimmung hat aber gleichfalls nur ergänzenden Charakter (429, Abs. 2).

f. Die Abtretung der Forderung oder ihr gesetzlicher Uebergang von einem Gesammtgläubiger auf einen Dritten ist nach den allgemeinen Regeln statthaft. Die Forderungen der übrigen Gesammtgläubiger werden aber dadurch nicht berührt. Der Erwerber tritt also an Stelle seines Autors ein (429, Abs. 3).

4. Das Rechtsverhältniß der Gesammtgläubiger unter einander.

Die Gesammtgläubiger sind im Verhältniß zu einander zu gleichen Antheilen berechtigt. Hieraus ergiebt sich also die Ausgleichungspflicht. Wenn und soweit der Mitgläubiger befriedigt ist oder wenn er die Rechte der Mitgläubiger sonst z. B. durch absolut wirkenden Erlaß vernichtet hat, so hat derselbe die Mitgläubiger ihrem Antheile entsprechend zu befriedigen. Der Mitgläubiger verliert seinen Ausgleichungsanspruch nicht, wenn er dem Schuldner die Schuld persönlich erließ oder sonst den Anspruch gegen den Schuldner für seine Person verlor. Es kann aber durch Rechtsgeschäft oder Gesetz die Ausgleichungspflicht ganz ausgeschlossen sein (2151. 2152), oder es können ungleiche Antheile und so auch ungleiche Ausgleichungspflicht bestimmt sein (430).

III. Forderungen Mehrerer auf untheilbare Leistung (432). Wenn Mehrere eine Forderung auf eine untheilbare Leistung erworben haben, sei es in ihrer Person oder durch Erbgang, ohne Gesammtgläubiger zu sein, so kann die Leistung vom Schuldner nur allen Gläubigern gemeinschaftlich gemacht werden und jeder Gläubiger für sich kann nur Leistung an alle fordern. Als gesetzliche Fälle

Digitized by Google

kennt das BGB.: 432 (Forderung auf eine der Hinterlegung fähige bewegliche Sache), 1011 (Anspruch der Miteigenthümer auf Herausgabe), 1109 (Reallastanspruch auf untheilbare Leistung bei Theilung des Grundstückes des Berechtigten).

A. Es muß Untheilbarkeit der Leistung vorliegen.

B. Jeder Gläubiger kann über seinen Antheil an der Forderung verfügen (Abtretung, Erlaß, Verpfändung) (747), er kann auch die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen (749). Die Aufhebung erfolgt, soweit die Forderung noch nicht eingezogen ist, durch Verkauf (754. 755). Die aus der Gemeinschaft fließenden Rechte, besonders das Verfügungsrecht, das Recht auf Aufhebung kann aber durch Parteiwillen oder durch Gesetz nach der Natur des Schuldverhältnisses ausgeschlossen sein.

C. Der Schuldner kann nur an alle Gläubiger gemeinschaftlich leisten. Ist durch Leistung an einen Gläubiger auch Befriedigung für alle eingetreten, so ist selbstverständlich die Leistung an einen genügend (z. B. Herstellung eines Werkes). Hier kann dann auch jeder Gläubiger Leistung an sich fordern oder einer in der Weise, daß an alle geleistet werde. Selbstverständlich kann an einen Vertreter aller Gläubiger geleistet und von diesem Leistung für alle gefordert werden. Kann aber wegen eines Hindernisses in der Person eines Gläubigers nicht in dieser Weise geleistet werden, so bleibt dem Schuldner die Möglichkeit der Hinterlegung und des Selbsthülfeverkaufes. Wenn aber der Gegenstand zur Hinterlegung nicht geeignet oder die Voraussetzungen des Selbsthülfeverkaufs nicht gegeben sind, so giebt es für den Schuldner kein Mittel, sich zu befreien. Der Schuldner kann auch nicht den einen Gläubiger mit absoluter Wirkung für alle in Verzug setzen und die Verzugsfolgen geltend machen (vgl. D.)[1].

Besser gestellt sind die Gläubiger, wenn einer von ihnen seine Mitwirkung verweigert. Die Klage aller oder einzelner Gläubiger auf Leistung an alle würde zwar bei Weigerung oder Verhinderung eines von ihnen nicht zum Ziele führen. Sie können aber die Hinterlegung für alle Gläubiger und, falls die Sache zur

[1] So Planck zu 432, 3. 2. 3. Oertmann zu 432, 3. 3. Dernburg, a. a. O., S. 385. A. M. Cosack, S. 383. Goldmann-Lilienthal, S. 178. Dernburg nimmt an, daß bei Angebot an alle Gläubiger diese sämmtlich in Annahmeverzug gerathen, wenn nur einer nicht annimmt. Dafür sehe ich keinen Grund.

Digitized by Google

Hinterlegung nicht geeignet ist, die Herausgabe an einen gerichtlich bestellten Verwahrer verlangen. Verweigert aber der eine Gläubiger die Mitwirkung bei der Empfangnahme oder kann er sie nicht leisten, so versagt dieses Mittel. Findet sich der Schuldner bereit, so kann er gegen Sicherheitsleistung an die übrigen Gläubiger leisten. Ein Recht der Gläubiger auf Leistung gegen Sicherheit besteht aber nicht.

Es bleibt dann noch das Mittel, aus dem Rechte der Gemeinschaft die Aufhebung derselben zu verlangen (s. B.).

D. Da die Leistung nur an alle Gläubiger erfolgen kann und folgeweise nur alle zusammen darüber verfügen können (747), so haben alle Thatsachen, die in der Person eines der Gläubiger eintreten, nur relative Wirkung, z. B. ein Gläubiger erhält Erfüllung (etwa für seinen Antheil) oder Leistung an Erfüllungsstatt, er erläßt die Schuld, oder es tritt Vereinigung in seiner Person ein, oder es liegt rechtskräftiges Urtheil vor. Ebenso steht es auch bei Kündigung und Mahnung (432, Abs. 2).

E. Wenn sich die Verpflichtung zur untheilbaren Leistung in eine solche zu theilbarer Leistung umwandelt, so tritt, wenn nicht Gesammtforderung durch Gesetz oder Rechtsgeschäft begründet ist, Theilforderung an die Stelle. Steht aber die Schadensersatzpflicht in Frage, so kommt es natürlich darauf an, daß auch die einzelnen Gläubiger in ihrem Interesse verletzt sind und wie weit sie verletzt sind. Jeder Gläubiger kann Schadensersatz verlangen, soweit ihm ein Anspruch darauf erwachsen ist, z. B. in Folge verschuldeter Unmöglichkeit der Leistung.

IV. Das Schuldverhältniß zur gesammten Hand kommt als aktives (Forderung Mehrerer zur gesammten Hand) oder als passives (Schuld zur gesammten Hand) in Betracht. Die Forderung zur gesammten Hand steht den mehreren Gläubigern antheilmäßig zu; der Gesammthänder kann aber über den Antheil nicht verfügen, noch weniger über die Gesammtforderung. Die Schuldner zur gesammten Hand sind nur zur gemeinschaftlichen Leistung verpflichtet, woraus sich die weiteren Folgen (Kündigung, Mahnung ꝛc.) ergeben.

Derartige Schuldverhältnisse kommen bei der Gesellschaft Bd. I, §. 128) und im Verhältnisse der Miterben (Bd. II, § 167) und bei der Gütergemeinschaft in der Zeit zwischen Auflösung und Auseinandersetzung (Bd. II, § 93, II. A.) vor.

Digitized by Google

II. Abschnitt.

Die einzelnen Schuldverhältnisse.

§ 103.

Uebersicht.

I. Außer Betracht bleiben in der Darstellung der einzelnen Schuldverhältnisse die sich an familienrechtliche und erbrechtliche Verhältnisse anschließenden Schuldverhältnisse (Unterhaltspflicht, Ausstattungspflicht, Beerdigungspflicht, das Schuldverhältniß zwischen Vormund und Mündel, unter Vorerben und Nacherben, unter Miterben und aus dem Erbschaftskauf ꝛc.).

Ferner sind ausgeschieden die der Landesgesetzgebung überlassenen Schuldverhältnisse: Versicherungs- und Verlagsvertrag, die Leibgedings-, Leibzuchts-, Altentheils-, Auszugsverträge (EG. Art. 75. 76. 96.) und im Wesentlichen auch der Gesindedienstvertrag (EG. 95).

II. Die einzelnen Schuldverhältnisse des BGB. scheiden sich in:

A. Schuldverhältnisse, die auf Rechtsgeschäft beruhen. Diese sind:

1. Vertragsschuldverhältnisse (Schuldverträge). Sie gruppiren sich nach dem Zweck, den die Parteien verfolgen, in

a. Veräußerungsverträge, welche auf Uebertragung eines Vermögensobjektes von einem Vertragstheil auf den andern abzielen (Kauf, Tausch, Schenkung).

b. Verträge auf Ueberlassung von Sachnutzung und Arbeitskraft (Miethe, Pacht, Leihe, Darlehen, Dienstvertrag, Werkvertrag, Mäklervertrag, Auftrag, Verwahrungsvertrag, Einbringung von Sachen bei Gastwirthen).

c. Gesellschaftsvertrag.

d. Aleatorische Verträge (Leibrentenvertrag, Spiel, Wette).

Digitized by Google

e. Sicherungsvertrag und Feststellungsverträge Bürgschaft, Vergleich, Schiedsvertrag, Schiedsrichtervertrag, Schiedseidvertrag, Schuldversprechen, Schuldanerkenntniß).

f. Anweisung.

2. Schuldverhältnisse aus einseitigem Versprechen (Auslobung, Schuldverschreibung auf den Inhaber).

B. Die nicht auf Rechtsgeschäft beruhenden, gesetzlichen Schuldverhältnisse. Diese scheiden sich weiter in:

1. Schuldverhältnisse, die sich mehr den auf Rechtsgeschäften beruhenden nähern (Geschäftsführung ohne Auftrag, Gemeinschaft, Vorlegung von Sachen, ungerechtfertigte Bereicherung) und

2. Schuldverhältnisse aus unerlaubten Handlungen, (Verpflichtung zum Schadensersatz aus eigenen unerlaubten Handlungen, Verpflichtung zum Schadensersatz aus anderen Thatbeständen).

---

1. Kapitel.

Die Veräußerungsverträge.

§ 104.

Der Kauf[1].

Der Kaufvertrag ist der gegenseitige Vertrag, der den Verkäufer zur Verschaffung der Waare, den Käufer zur Zahlung des Preises verpflichtet. Dieser Kauf ist der Konsensualkauf im Gegensatz zum Realkauf (vgl. Bd. I, § 110).

---

[1] Materialien: M. I. S. 176 ff. II. S. 316 ff. 330 f.; III. S. 5. 304. P. I. S. 475; II. S. 50 ff. 72 ff. VI. S. 470 f. 610 D. S. 57 ff.

Litteratur: 1888: Hartmann, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 73, S. 354 ff. 1889: Laband, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 74, S. 299. 312 ff. 318 ff. Bernhöft, Beitr., H. 12, S. 54 ff. Koch, Beitr., H. 4, S. 30. 1890: Hachenburg, GA., S. 147. 1891: Heck, Jur.-Tag, 21, Bd. 2, S. 131 ff. Wilke, ebenda, S. 117 ff. Hausmann, Die Veräußerung beweglicher Sachen gegen Ratenzahlung. Jacoby, Annalen d. d. Reichs, S. 83 f. 1892: Bähr, Gegenentwurf, S. 92 f. Jur.-Tag, 21, Bd. 3, S. 42 ff. 424 ff. Grützmann, Sächs. Arch., Bd. 2, S. 773 ff. Jakubezky Bemerkungen, S. 113. 1895: Fuld, Gruch. Beitr., Bd. 39, S. 564 ff. 1896: Krückmann, Zur Reform des Kaufrechtes. 1897: Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuld-

Digitized by Google

I. Der Abschluß des Kaufes.

A. Der Abschluß des Kaufes ist Sache freier Parteiwillkür. Es kann jedoch eine Verpflichtung zum Kaufabschlusse durch Gesetz oder durch Rechtsgeschäft begründet sein.

1. Hierher lassen sich die Fälle zählen, in denen das Gesetz eine Verpflichtung zur Veräußerung ausspricht und das Rechtsverhältniß unter den Parteien dann nach den Grundsätzen des Kaufes beurtheilt wissen will, z. B. der im Falle des Ueberbaues Rentenberechtigte kann verlangen, daß ihm der Rentenpflichtige den Werth des überbauten Grund und Bodens ersetzt. Rechte und Pflichten bestimmen sich nach den Grundsätzen des Kaufes (915). Besonders gehört hierher auch die Enteignung (Expropriation) nach Landesrecht[1], deren rechtliche Natur allerdings sehr bestritten ist (EG. Art. 109, vgl. Art. 52. 53)[2].

2. Rechtsgeschäftlich ist die Pflicht zum Kaufabschluß begründet im Falle des Vorkaufs-, Wiederkaufs- und Wiederverkaufsrechtes (vgl. Bd. I, § 110).

B. Ebenso ist im Allgemeinen die Betheiligung für jeden Einzelnen an jedem Kaufgeschäfte frei. Es greift hier aber beschränkend ein[3]:

1. Das Verbot des Kontrahirens mit sich selbst im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten (Bd. I, § 56, VII.).

2. Bei einem Verkaufe im Wege der Zwangsvollstreckung dürfen weder der mit der Vornahme oder Leitung des Verkaufes Beauftragte und die von ihm zugezogenen Gehülfen (einschließlich des Protokollführers) den zum Verkauf gestellten Gegenstand selbst

verhältnisse, § 2. Bunsen I, § 65. 1898: Lazarus, Das Recht der Abzahlungsgeschäfte. Stobbe-Lehmann III, § 231. Leske, § 56. Weyl I, §§ 93. 94. 1899: Kuhlenbeck, Von den Pandekten II, § 38. Krückmann, § 15. v. Buchka, § 15. Endemann I, §§ 157. 159. Cosack I, § 121. Tränkner, Sächs. Arch., Bd. 9, S. 81 ff. Emerich, Kauf und Werklieferungsvertrag, §§ 1 f. 6 ff.

[1] Vgl. Mecklenb.-Schwer. AV. z. BGB., §§ 87—102. Mecklenburg-Strel. AV. z. BGB., § 85—100. Preuß. AV. z. BGB., Art. 12, § 1, Abs. 2. Sachsen-Altenb. AG. z. BGB., §§ 49—51. Oldenb. AG. z. BGB., § 45. Sachsen, AG. z. BGB., §§ 18—20. Württemb. AG. z. BGB., Art. 209—211. Hess. AG. z. BGB., Art. 279.

[2] Aus der neueren Litteratur vgl.: Meyer, G., Heidelberger Festschrift (1899), S. 109 ff. Kappen, Ueber die rechtliche Natur der Enteignung ꝛc. (1899. Diss.). Cosack I, § 76.

[3] Nach Landesrecht: EG., Art. 86. 88. Ferner, weil dem öffentlichen Recht angehörig, die Vorschriften disziplinären Charakters für Gerichtsvollzieher und andere Beamte.

Digitized by Google

für sich, noch für Andere kaufen, noch durch einen Andern für sich kaufen lassen (456). Das Gleiche gilt von Verkäufen außerhalb der Zwangsvollstreckung, wenn der Auftrag ergangen ist auf Grund einer gesetzlichen Vorschrift, die den Auftraggeber ermächtigt, den Gegenstand auf Rechnung eines Andern verkaufen zu lassen, z. B. 753. 2042 (Gemeinschaft), 966, Abs. 2 (Finder), 383. 385 (Selbsthülfeverkauf), 1228 ff. und 1219 ff. (Pfandverkauf) und der Verkauf durch den Konkursverwalter (457)[1].

Verletzung des Verbotes verpflichtet nach 823, Abs. 2 zum Schadensersatz.

Das gegen das Verbot abgeschlossene Kaufgeschäft und das auf Grund des Kaufes vollzogene Leistungsgeschäft (Zession, Uebergabe zu Eigenthum, sonstige Rechtsübertragung) sind nicht nichtig, bedürfen aber der Genehmigung aller Betheiligten (Schuldner, Eigenthümer, Gläubiger). Der Käufer kann die Betheiligten nach 177, Abs. 2, zur Erklärung auffordern. Wird die Genehmigung verweigert und ein neuer Verkauf vorgenommen, so haftet der frühere Käufer für die Kosten des neuen Verkaufes und den Mindererlös (458).

C. Der Abschluß des Kaufes erfolgt durch Einigung der Parteien über Preis und Waare.

II. Die Waare. Kaufwaare sind nicht nur bewegliche und unbewegliche Sachen[2], sondern auch Rechte (Forderungsrechte, dingliche Rechte, Urheberrechte, Patentrechte, Besitzrechte)[3]. Die als vorhanden gekaufte Sache muß bei Abschluß noch vorhanden sein, sonst entsteht ein Kauf nicht (vgl. aber 306, 307).

Die Sachen können eigene des Verkäufers und fremde sein. Möglich ist beim Verkaufe der fremden Sache eine Anfechtung wegen Irrthums (119)[4]. Beim Kauf der eigenen Sache des Käufers kann der Besitz der Sache in Betracht kommen, der dem Verkäufer zu-

---

[1] Vgl. HGB. §§ 290. 371. 373. 376. 388. 391. 437. 440.

[2] Sonntag, Eigenthümlichkeiten des Grundstücksverkaufes gegenüber dem Verkauf beweglicher Sachen (1899. Dissert.)

[3] Thatfrage ist es, ob beim Verkaufe einer Sache auch die Forderungen, die dem Verkäufer in Beziehung auf die Sache zustehen, mitverkauft sind und ob, wenn das der Fall ist, diese Forderungen schon übertragen sind oder nur ein vertragsmäßiges Versprechen der Uebertragung vom Verkäufer übernommen ist.

[4] Vgl. Rehbein, S. 137 f. v. Seeler, D. Jur.-Ztg., Jahrg. 4 (1899), S. 16 ff. A. M. Burchhardt, D. Jur.-Ztg., Jahrg. 3 (1898), S. 487.

Digitized by Google

steht. Es ist ferner von rechtlicher Bedeutung, ob Spezies- oder Gattungssachen[1] und ob bewegliche Sachen als schon existente oder erst zukünftige verkauft sind. Der Kauf über zukünftige Sachen, emtio rei speratae (stehende Früchte, Bestandtheile, erst anzufertigende Sachen), ist in Schwebe (Rechtsbedingung), solange die Sache nicht existent ist. Weiter sind Gegenstand des Kaufes:

Vermögensganze (Erbschaften)[2], Sachgesammtheiten, die eine wirthschaftliche Einheit bilden und solche, die willkürlich als Einheit zusammengefaßt werden;

dingliche Nutzungsrechte als existente und als zu begründende.

Auch Gewinnaussichten können in den Verkauf sonstiger Werthe einbegriffen werden (Geschäftsgeheimnisse, Kundschaft bei Verkauf des Geschäftes) oder selbständiger Gegenstand des Kaufes sein (Hoffnungskauf, emtio spei, z. B. Kauf eines Fischzuges, eines Lotterieloses)[3]. Der selbständige Hoffnungskauf ist ein unbedingter Kauf. Nur der Gegenstand des Kaufes bringt gewisse Modifikationen mit sich. Der Verkäufer kann hier nur dafür einstehen, daß die Realisirung der Aussicht ihm nach dem Umfange des Versprechens zusteht. Für die Entwährung der auf Grund der Aussicht gewonnenen Sachen und Rechte steht er nicht ein, auch nicht für Mängel.

Dienste und Arbeiten sind nicht Kaufwaare. Der Werkvertrag tritt aber häufig nahe an den Kaufvertrag heran (651, Bd. I. § 123).

III. Der Preis muß in Geld fixirt sein. Soll Waare gegen Waare geleistet werden, so liegt Tausch vor. Die praktische Bedeutung der Unterscheidung ist gering (515), aber nicht ganz gegenstandslos[4]. Uebernimmt der Erwerber neben dem Preise in Geld ausdrücklich oder stillschweigend noch andersartige Leistungen,

[1] Ist auch Geld Gegenstand des Kaufes? Die Frage, wann Kauf, wann Tausch anzunehmen, hat ihre praktische Bedeutung verloren; vgl. 515 (Gleichstellung von Kauf und Tausch).

[2] Der Erbschaftskauf steht unter besonderen Regeln (2371—2385).

[3] Die Frage, was Gegenstand dieser Geschäfte ist, ob die Gewinnaussicht oder die sich ergebende Sache oder ob überhaupt ein Kaufgeschäft vorliegt, ist auch nach dem BGB. streitfähig. Für die Ansicht des Textes: Braun, E. Finden die Grundsätze des Kaufes auf die emtio spei Anwendung? (1896). Derartige Käufe sind zugleich aleatorische Verträge (762—764). Selbstverständlich unterliegen sie auch den allgemeinen Schranken (134. 138. 306. 309). Vgl. v. Blume, Krit. VJSchr. Bd. 40 (1898), S. 31 ff. Endemann I, S. 711 f. Oertmann, S. 154.

[4] Vgl. M. II. S. 321.

Digitized by Google

so ist es Auslegungsfrage, ob Kauf oder anderes Geschäft vorliegt, ebenso, ob solche Nebenleistungen in den festgesetzten Geld-Kaufpreis einzurechnen sind oder außer diesem geschuldet werden (vgl. 337). Bestimmtheit des Preises (pretium certum) wird nicht anders verlangt wie für jede andere Leistung aus Schuldverhältnissen (Bd. I, § 73, III.)[1].

Die Höhe des Kaufpreises unterliegt der freien Vereinbarung. Er braucht dem Sachwerth nicht gleichzukommen. Das ist z. B. nicht der Fall beim Hoffnungskauf, da der Preis auch dann gezahlt werden soll, wenn die Hoffnung fehlschlägt. Ebenso kann es auch beim Kaufe zukünftiger Sachen liegen, wenn der feste Kaufpreis ohne Rücksicht auf Menge und Eigenschaften der später vorhandenen Sachen gezahlt werden soll. Eigenartig ist auch die Fixirung des Preises unter Baisseklausel, d. h. dahin, daß der Käufer bei Preisrückgang Lieferung zum reduzirten Preise verlangen kann[2].

Auch der Marktpreis kann vereinbart sein. Es gilt dann im Zweifel der für den Erfüllungsort zur Erfüllungszeit maßgebende Marktpreis, also, wenn am Erfüllungsort der Marktpreis sich nicht bildet, der Marktpreis des Platzes, zu dessen Bereich der Erfüllungsort zur Erfüllungszeit gehört (453).

IV. Einer Form bedarf der Kauf als solcher nicht. Er steht aber unter den Vorschriften für Verträge (311. 312, Abs. 2, 313, vgl. Bd. I, § 85).

V. Der Kauf ist ein gegenseitiger Vertrag. Beide Parteien haben daher ihre Verpflichtungen Zug um Zug zu erfüllen, wenn nicht eine Vorleistungspflicht vereinbart ist (vgl. Bd. I, § 86).

§ 105.

Die Verpflichtungen des Verkäufers. 1. Die Pflicht zur Uebergabe und Rechtsverschaffung[3].

Während nach dem gemeinen und sächsischem Rechte für den Verkäufer die Verpflichtung zur Uebergabe, zur Verschaffung ungestörten

---

[1] Vgl. Koffka, D. Jur.-Ztg., Jahrgang 4 (1899), S. 173 f.

[2] Vgl. Fuld, Bl. f. Rechtsanwendg. Jahrg. 64 (1899). S. 305 ff.

[3] Materialien: M. II. S. 211 ff. 328. P. I. S. 653 ff.; II. S. 52. 58 ff. 472. 475; III. S. 749 f.; VI. S. 170. D. S. 57 ff. BRK., S. 65 f.

Litteratur: 1888: Bekker, Beitr., H. 2, S. 41 ff. Bähr, Zur Beurtheilung, S. 58. 1889: Bernhöft, Beitr., H. 12, S. 7 ff. 18 ff. 23 ff. 43 ff. Seuffert, Beitr., H. 11, S. 61 ff. Gierke, Der Entw., S. 216 ff. 236.

Digitized by Google

Genusses (rem habere licere) und die daraus sich ergebende Evictionspflicht besteht, ist nach BGB. entsprechend dem preußischen, französischen und österreichischem Rechte der Verkäufer zur Uebergabe und Verschaffung des Rechtes verpflichtet.

I. Die Pflicht zur Uebergabe.

A. Bis zur Uebergabe hat der Verkäufer die verkaufte Sache aufzubewahren und haftet für Fahrlässigkeit.

B. Die Uebergabe besteht in der Einräumung des unmittelbaren Besitzes an der Sache (929); der Käufer kann sich allerdings mit der Übergabe durch constitutum possessorium (930) und Abtretung des Anspruches auf Herausgabe (931) begnügen. Bei anderen Kaufgegenständen (z. B. Rechte, Hoffnungen ꝛc.) gestaltet sich die Pflicht des Verkäufers entsprechend. Ebenso wie bei Käufen von Sachen bestimmt sich die Pflicht zur Uebergabe beim Kaufe eines Rechtes, welches den Berechtigten zum Besitze befugt, wie z. B. Nießbrauch, Erbbaurecht (451).

1. Mit der Sache sind alle Bestandtheile (93 ff.) und im Zweifel das Zubehör (314. 97. 98) derselben zu übergeben. Die Nutzungen verbleiben dagegen bis zur Uebergabe bez. bis zur Auflassung des verkauften Grundstückes dem Verkäufer. Das ändert sich grundsätzlich auch nicht beim Versendungskaufe (447), sodaß der Satz cujus periculum ejus et commodum nicht rein anerkannt ist (446. 101)[1].

Laband, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 74, S. 30. 301 ff. 318. 1890: Jacoby, Annalen des d. Reichs, S. 870 ff. Hachenburg, GA., S. 127 ff. 146 ff. Riesz, GA., S. 653. Bähr, Krit. VJSchr., Bd. 32, S. 198 f. 1892: Jakubezky, Bemerkungen, S. 89 ff. 113. 115. Grützmann, Sächs. Arch., Bd. 2, S. 751 ff. Koenig, Die Haftpflicht des Verkäufers von Inhaberpapieren. Bähr, Gegenentw., S. 73 ff. 1896: Leonhard, Die Haftung des Verkäufers für Verschulden. 1897: Bunsen I, § 65. 1898: Goldmann-Lilienthal, S. 150. Leske, § 57. Stobbe-Lehmann III, § 231. Weyl I, § 95. 1899: Kuhlenbeck, Von den Pandekten ꝛc. II, §§ 38, 39. Cosack I, §§ 122—125. v. Buchka, § 15. Krückmann, § 15. Endemann I, § 160. Tränkner, Sächs. Archiv, Bd. 9 S. 83 ff. Emerich, Kauf- und Werklieferungsvertrag. §§ 10. 12. 13.

[1] Stammler (1897), S. 131 ff. Podewils, Der Anspruch des Gläubigers auf die Vortheile, die der Schuldner aus der Sache gezogen hat oder hätte ziehen können (Preisschr. 1899), S. 123 ff. Den wesentlichen Zuwachs und die Nutzungen kann man unter der Bezeichnung accessorisches Commodum (Vortheile, die zu dem Gegenstande hinzutreten) zusammenfassen, über dessen Herausgabe bei den einzelnen Schuldverhältnissen verschiedene Grundsätze gelten. Dem gegenüber steht das stellvertretende Commodum (Vortheile, die an Stelle des untergegangenen Gegenstandes eintreten). Darüber vgl. 255. 281. 323. 325.

Digitized by Google

2. Zeit und Ort der Uebergabe stehen unter den allgemeinen Grundsätzen (Bd. I, §§ 80. 82). Kaufschuld ist also für den Verkäufer Holschuld, und Erfüllungsort ist der Wohnsitz oder der Ort der Geschäftsniederlassung des Verkäufers. Zur Uebersendung der Waare ist der Verkäufer an sich nicht verpflichtet. Verlangt der Käufer die Uebersendung und ist der Verkäufer einverstanden, so ist damit eine Nebenverpflichtung des Verkäufers begründet, die aber für sich den Erfüllungsort nicht ändert (vgl. Bd. I, § 109).

3. Die Kosten der Uebergabe der Sache mit den Kosten des Messens und Wägens und der Begründung und Uebertragung des verkauften Rechtes treffen den Verkäufer, während die Kosten der Abnahme und Versendung den Käufer treffen (448. 451).

Den Beweis der Uebergabe hat der Verkäufer zu erbringen.

5. Geräth der Verkäufer mit der Uebergabe in Verzug (Leistungsverzug), so entscheiden die Grundsätze Bd. I, § 86, II. D., tritt Unmöglichkeit der Uebergabe nach Kaufabschluß ein, so sind die Bd. I, § 86, II C. und Bd. I, § 109 dargestellten Regeln anzuwenden.

II. Die Pflicht zur Rechtsverschaffung.

Der Verkäufer hat an der verkauften Sache dem Käufer unbeschränktes Eigenthum zu verschaffen, im Falle des Verkaufes eines Rechtes hat er das Recht unbeschränkt zu gewähren (433 ff.). Den Satz, daß das Eigenthum erst dann übergeht, wenn der Kaufpreis gezahlt oder gestundet ist, kennt das BGB. nicht. Dagegen ist ein Vorbehalt bei der Uebergabe dahin möglich, daß bis zur Zahlung des Preises das Eigenthum dem Verkäufer verbleiben solle (pactum reservati dominii). Möglicherweise liegt darin nur eine schuldrechtliche Vereinbarung der Bestellung eines Pfandrechtes zu Gunsten des Verkäufers. Davon abgesehen ist beim Verkaufe beweglicher Sachen im Zweifel anzunehmen, daß der Verkäufer das Eigenthum unter der aufschiebenden Bedingung der vollständigen Preiszahlung übertragen und sich ein Rücktrittsrecht für den Fall vorbehalten hat, daß der Käufer mit der Preiszahlung in Verzug geräth (455)[1]. Für die Verschaffungspflicht gelten folgende Grundsätze:

A. Die Freiheit von Rechten Dritter hat der Ver-

[1] Vgl. Cohen, Zeitschr. f. d. Priv.- und öffentl. Recht, Bd. 21 (1894), S. 689 ff.

Digitized by Google

käufer auch dann zu gewähren, wenn er den Bestand der Rechte Dritter nicht gekannt hat und auch nicht kennen mußte.

B. Es handelt sich um alle Rechte Dritter, die gegen den Käufer geltend gemacht werden können, d. h. dingliche (z. B. Grunddienstbarkeiten) und auch persönliche Rechte der Art (z. B. 571) und Veräußerungsverbote (433, Abs. 1. 434).

1. Der Veräußerer eines Grundstückes oder eines Rechtes an einem Grundstücke, eines Schiffes oder eines Rechtes am Schiffe hat demnach Grunddienstbarkeiten, Pfandrechte, Grundschulden ꝛc., die an dem Gegenstand bestehen, soweit sie eingetragen sind, zur Löschung zu bringen. Das gilt auch von den eingetragenen Rechten, die nicht bestehen, wenn sie das zu verschaffende Recht des Käufers im Falle ihres Bestandes beeinträchtigen würden. Die Kosten der Löschung trägt der Verkäufer (435, Abs. 1 u. 2). Daß eine Geltendmachung dieser Rechte stattgefunden hat oder droht, ist nicht Voraussetzung des Anspruches des Käufers.

2. Der Verkäufer eines Grundstückes oder eines Rechtes am Grundstücke haftet aber nicht für die Freiheit des Grundstückes von öffentlichen Abgaben und anderen öffentlichen Lasten, die sich zur Eintragung in das Grundbuch nicht eignen. Die Natur der Abgaben als öffentliche bestimmt sich nach dem Landesrecht. Der Verkäufer haftet dagegen für das Nichtvorhandensein von belastenden Rückständen aus solchen Abgaben und Lasten. Selbstverständlich ist die Haftung aus besonderer Vereinbarung und arglistigem Verschweigen nicht ausgeschlossen. Der Grund der Bestimmung ist, daß die Kenntniß solcher Abgaben beim Käufer vorliegen wird oder ihm doch die Erkundigung obliegt.

Für bewegliche Sachen (Schiffe, Buden) gilt die Bestimmung nicht (436).

3. Der Verkäufer eines Rechtes (Forderungen ꝛc.) haftet auch für den rechtlichen Bestand des Rechtes[1]. Das folgt nicht schon aus dem Verschaffungsprinzip. Der Verkäufer ist also verpflichtet zur Verschaffung des Rechtes, gleichviel, ob das Recht niemals bestanden hat oder erloschen oder durch Einrede entkräftet ist (437, Abs. 1).

Sind Werthpapiere verkauft, so haftet auch der Verkäufer dafür, daß sie nicht (799) zum Zwecke der Kraftloserklärung aufgeboten sind. Zweifelhaft kann sein, ob es sich hier um einen Mangel im

[1] Vgl. Stammler (1897), S. 107 f.

Digitized by Google

Recht oder im physischen Mangel handelt. Maßgebend ist, daß der erste gerichtliche Akt im Aufgebotsverfahren zur Zeit des Kaufabschlusses erfolgt war. Ist durch richterliche einstweilige Verfügung eine Zahlungssperre erfolgt, so würde hierfür schon, weil es sich um ein Veräußerungsverbot handelt, der Verkäufer haften nach 136. 434. (437, Abs. 2).

C. Die Gewährleistungspflicht fällt fort, wenn der Käufer den Mangel im Rechte beim Abschlusse des Vertrages kennt. Ob hier ein Verzicht des Käufers auf seine Ansprüche vorliegt, ist Thatfrage. In jedem Falle ist die aus dem Rechtsmangel sich ergebende Gefahr dem Käufer durch Gesetz aufgebürdet. Gleichgültig ist, wie der Käufer die Kenntniß erlangt hat. Bei eingetragenen Rechten kann sie namentlich durch Einsicht des öffentlichen Buches erlangt sein. Der Verkäufer hat den Beweis der Kenntniß zu erbringen, und er ist nicht schon erbracht durch den Hinweis auf die Thatsache der Eintragung; denn der Käufer trifft keinerlei Erkundigungspflicht (439, Abs. 1), vielmehr den Verkäufer als solchen die ausgedehnteste Auskunftspflicht. Eine Unkenntniß des Käufers fällt demnach immer dem Verkäufer zur Last. Die Auskunftspflicht des Verkäufers bezieht sich auf alle Gegenstände, sie erstreckt sich auf alle rechtlichen Verhältnisse, die für diesen Gegenstand in Betracht kommen, bei Grundstücken auf die Grenzen, Gerechtsame, Lasten. Sie begreift auch die Pflicht zur Herausgabe der Beweisurkunden, soweit sie der Verkäufer besitzt. Enthält die Urkunde auch Angaben über andere Angelegenheiten, so muß der Verkäufer einen öffentlich beglaubigten Auszug ertheilen (444)[1].

1. Die Ansprüche des Käufers aus besonderer vertragsmäßiger Zusage der Gewährleistung seitens des Verkäufers werden nicht berührt. Hier ist der Inhalt der Zusage maßgebend für den Gewährleistungsanspruch des Käufers (vgl. D. Z. 1).

2. Kannte der Käufer die Mängel im Recht zwar zur Zeit des Kaufabschlusses nicht, wohl aber zur Zeit der Leistung, so ist es Thatfrage, ob etwa der Käufer auf seine Ansprüche verzichtet hat, ebenso, wenn der Kauf einverstandenermaßen und rechtsgültig über die Sache oder das Recht eines Dritten abgeschlossen ist.

3. Selbstverständlich fällt die Gewährleistungspflicht des Ver-

[1] Das Recht auf Gestattung der Einsicht des Originales bestimmt sich nach 810. Vgl. Endemann I, S. 717, Note 17. Oertmann, S. 166. A. M. Planck zu 444, Z. 2. Neumann zu 444, Z. 3.

Digitized by Google

käufers überall fort, wenn der Käufer nach den Vorschriften über den Erwerb in gutem Glauben das Recht unbeschränkt erworben hat, z. B. 891. 892.

4. Trotz Kenntniß des Käufers fällt die Gewährleistungspflicht des Verkäufers nicht fort, wenn es sich um Hypotheken, Grundschulden, Rentenschulden, Pfandrechte und um Vormerkungen zur Sicherung des Anspruches auf Bestellung solcher Rechte (883 ff.) handelt (439, Abs. 2).

D. Die Gewährleistungspflicht kann durch Verfügung der Parteien aufgehoben oder abgeändert (erhöht oder gemindert) werden.

1. Eine Erweiterung der Haftung ist einer Beschränkung nicht unterworfen. So kann der Käufer einer Forderung auch die Haftung für die Zahlungsfähigkeit übernehmen. Die Auslegungsregel in 438 besagt aber, daß sich diese Uebernahme nur auf die Zahlungsfähigkeit zur Zeit der Abtretung bezieht.

2. Abminderung und Ausschluß der Haftung sind aber nichtig, wenn der Verkäufer den Mangel im Rechte kannte und ihn arglistig verschwieg. Arglist liegt z. B. dann nicht vor, wenn der Verkäufer annehmen durfte, daß auch dem Käufer der Mangel bekannt war.

E. Die Folgen der Verletzung der Gewährleistungspflicht. Wird das Recht nicht verschafft oder nicht unbeschränkt verschafft, so liegt gänzliche oder theilweise Nichterfüllung vor. Da der Verkäufer für die Rechtsverschaffung schlechthin einzustehen hat, so treten für den Käufer alle die Rechte ein, die bei gegenseitigen Verträgen wegen Nichterfüllung oder nicht rechtzeitiger Erfüllung der dem andern Theile obliegenden Verpflichtungen zustehen (320—327).

1. Der Käufer kann daher:

a. Die Zahlung des Kaufpreises verweigern, soweit er nicht vorzuleisten hat und unter Berücksichtigung der Vorschrift in 320, Absatz 2. Gleichgültig ist, ob der dingliche Vertrag noch aussteht oder schon vollzogen ist.

b. Hat der Käufer den Kaufpreis schon gezahlt, so kann er nur noch auf Erfüllung klagen und zugleich Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung verlangen, oder er kann

c. die nachträgliche Erfüllung ablehnen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern, oder er kann

d. endlich ganz vom Vertrage zurücktreten.

Klagt der Käufer auf Erfüllung, so kann die Vollstreckung des

Digitized by Google

Urtheiles nicht erfolgen, da weder eine vertretbare noch eine solche Handlung des Verkäufers vorliegt, die von seinem freien Willen abhängt (CPO. §§ 887. 888). Hier muß es dem Käufer freistehen, mit der Klage auf Erfüllung die Klage auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung als eventuelle zu verbinden[1].

2. Macht der Käufer eines der ihm zustehenden Rechte geltend und wird die Nichterfüllung bestritten, so hat stets der Käufer den Beweis des Rechtsmangels zu führen (442), auch wenn er nur das Verweigerungsrecht geltend macht.

3. Sämmtliche Rechte des Käufers sind nicht davon abhängig, daß der dingliche Vertrag schon erfüllt ist, und ferner der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung und der Rücktritt nicht davon, daß das beschränkende oder ausschließende Recht des Dritten gegen den Käufer geltend gemacht ist (Entwährung, Eviction). Das römische Prinzip ist also vom BGB. verlassen.

4. Dem Evictionssystem folgt aber scheinbar das Gesetz, wenn eine bewegliche Sache verkauft und zum Zwecke der Eigenthumsübertragung übergeben ist und an dieser Sache ein Recht eines Dritten besteht, das zum Besitze der Sache berechtigt. Während die sonstigen Rechtsbehelfe wegen Rechtsmangels (Verweigerungsrecht, Rücktritt) dem Käufer schlechthin ohne Entwährung zustehen, kann der Käufer Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur begehren, wenn er die ihm übergebene Sache dem Dritten mit Rücksicht auf dessen Recht herausgegeben oder wenn er sie dem Verkäufer zurückgestellt hat oder wenn sie untergegangen ist. Das Gleiche gilt, wenn ein zum Besitze berechtigendes Recht an der beweglichen Sache verkauft und die Sache dem Käufer übergeben ist, z. B. Nießbrauch (440, Abs. 2—4, 441).

a. Die Bestimmung soll verhüten, daß der Käufer Entschädigung wegen des Rechtsmangels erhält und dennoch im Genusse der Sache verbleibt. Es ist daher dennoch nicht die Entwährung der Grund der Schadensersatzpflicht. Letztere ruht vielmehr auf selbständiger Grundlage.

Abweichend vom bisherigen Recht liegt aber Entwährung nicht erst dann vor, wenn der Dritte auf Grund seines Rechtes dem Käufer die Sache abgestritten hat. Der Käufer soll sich ihrer schon entledigen dürfen, sobald er weiß, daß ein Dritter Anspruch auf ihren Besitz hat.

[1] Vgl. Schollmeyer, a. a. O., S. 11 ff.

Digitized by Google

b. Der Käufer, der herausgegeben oder zurückgewährt hat und seine Schadenserſatzforderung wegen Nichterfüllung geltend macht, muß ſich auf ſeine Schadenserſatzforderung die Früchte und den Genuß der Zwiſchenzeit anrechnen laſſen und kann ſeinerſeits aufgewendete Koſten (z. B. des Prozeſſes mit dem Dritten) einrechnen[1].

c. Der Herausgabe an den Dritten ſteht es gleich, wenn der Dritte den Käufer oder der Käufer den Dritten beerbt oder wenn der Käufer das Recht des Dritten ſonſtwie (durch Schenkung, Vermächtniß) erwirbt. Der Käufer oder ſein Erbe ſchulden dann den Preis für eine Sache, die nicht durch Erfüllung des Vertrages in ihr Eigenthum gelangt iſt, weil entweder der Erbe Eigenthümer war oder der Käufer durch Erbgang Eigenthümer geworden iſt.

Der Herausgabe ſteht es auch gleich, wenn der Käufer den Dritten abfindet (Ablöſung von Pfandrechten, Miteigenthumsrechten, Dienſtbarkeiten).

d. Der Rückgewährung ſteht es gleich, wenn der Käufer einen ihm gegen einen Andern zuſtehenden Anſpruch auf Herausgabe dem Verkäufer abtritt.

5. Die Grundſätze über die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährleiſtung wegen Mangels des Rechtes und die entſprechenden Anſprüche des Käufers finden auch Anwendung auf andere entgeltliche Verträge, die auf Veräußerung und Belaſtung eines Gegenſtandes gerichtet ſind (445, vgl. 493)[2]. Dem Käufer eines gepfändeten und als ſolchen verkauften Gegenſtandes ſteht aber der Gewährleiſtungsanſpruch nicht zu (CPO. § 806).

§. 106.

2. Die Gewährleiſtung wegen Mängel der Sache im Allgemeinen[3].

Wie die Haftung wegen Rechtsmangels, ſo fließt auch die Gewährleiſtung wegen Mängel der verkauften Sache aus dem Ver-

[1] Vgl. Hruza, Sächſ. Arch., Bd. 5 (1895), Sep.-Abdr., S. 16 ff.

[2] Für unentgeltliche Verträge fehlt es an einer allgemeinen Regel. Beſondere Regelung vgl. in 523 (Schenkung) und 1624, Abſ. 2 (Ausſtattung). — Die Beſtimmung in 445 findet nicht nur Anwendung auf gegenſeitige Verträge des bezeichneten Inhaltes.

[3] Materialien: M. II. S. 224 ff. P. I. S. 670 ff. 800 ff.; II. S. 312. 475. 714; III. S. 780 f.; VI. S. 172. 180 ff. D. S. 61 ff. Begründung der Nov. z. CPO., S. 150 f.

Litteratur: 1888: Bähr, Zur Beurtheilung, S. 59. v. Völderndorff, Jur.-Tag 19, Bd. 1, S. 66 ff. Rieſzer, Zeitſchr. f. d. geſ. Handelsr.,

Digitized by Google

trage selbst. Nachdem der Verkäufer seiner Verpflichtung zur Rechtsverschaffung und Uebergabe genügt hat, also insoweit frei ist, trifft ihn noch als Verkäufer die Haftung für Mängel in gewissem Umfange und unter gewissen Voraussetzungen. Diese Haftung beschränkt sich auf Sachkäufe. Sie ist positiven Rechtes. Mit den aus der Struktur des gegenseitigen Vertrages fließenden Rechtsmitteln kann sie nicht geltend gemacht werden, wenn nicht der Verkäufer die Abwesenheit der Mängel ausdrücklich versprochen hatte. Das Gesetz regelt diese Haftung im Allgemeinen und giebt dann besondere Regeln für die Haftung wegen Viehmängel. Die Haftung im Allgemeinen ist entweder eine rein gesetzliche, oder es trifft den Verkäufer die Haftung auf Grund der im Vertrage abgegebenen Zusicherung bestimmter Eigenschaften.

I. Umfang und Voraussetzung der Gewährleistungspflicht.

A. Der Verkäufer haftet für offene und verborgene Mängel der Kaufsache. Ob der Verkäufer den Mangel gekannt hat oder nicht, ist gleichgültig, ebenso, ob er ihn schuldhafterweise nicht gekannt hat. Der Verkäufer haftet aber nicht, wenn dem Käufer der Mangel bei Abschluß des Kaufes bekannt war. Kannte der Käufer in grober Fahrlässigkeit (z. B. bei offenbaren Mängeln) den Mangel nicht, so ist die Haftung des Verkäufers ausgeschlossen, wenn er nicht arglistig

---

Bd. 35 (Beil.-H.), S. 418 ff. 1889: Gierke, Der Entw., S. 216 f. 219 f. Bernhöft, Beitr., H. 12, S. 29 ff. 35 ff. Koch, Beitr., H. 4, S. 27 ff. Seuffert, Beitr., H. 11, S. 6. 65 ff. Laband, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 74, S. 31 ff. 36. 38. Bähr, Jur.-Tag 20, Bd. 1, S. 297 f. Jur.-Tag 20, Bd. 4, S. 35. 46. Verhandlungen der Pr. Landes-Oek.-Koll., S. 553 ff. 558 ff. 1890: Jacoby, Annalen d. d. Reichs, S. 871 ff. Hachenburg, GA., S. 135 ff. 1892: Crome, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 78, S. 122 ff. Grützmann, Sächs. Arch., Bd. 2, S. 754 ff. Reinhold, Gruch. Beitr., Bd. 36, S. 301 ff. Jakubezky, Bemerkungen, S. 92 ff. Bähr, Gegenentwurf, S. 77 ff. 1894: Strohal, Jahrb. f. Dogm., Bd. 33, S. 379 ff. Kricheldorff, Die Haftung des Verkäufers bei behebbaren Mängeln der Kaufsache (Dissert.). 1897: Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse, § 2. Bunsen I, § 66. 1898: Goldmann-Lilienthal, S. 150 ff. Stobbe-Lehmann III, § 231. Leske, § 60. Weyl I, § 96. Kiehl, Gruch. Beitr., Bd. 42 (1898), S. 591 ff., bes. 605 ff. 1899: Kuhlenbeck, Von den Pandekten ꝛc. II, § 39. Krückmann, § 15. v. Buchka, § 15. Cosack I, §§ 126—128. Endemann I, § 161. Kloß, Sächs. Arch., Bd. 9, S. 273 ff. Tränkner, ebenda, S. 90 ff. Lobe, ebenda, S. 104 ff. Eccius, Gruch. Beitr., Bd. 43, S. 305 ff. Emerich, Kauf und Werklieferungs-Vertrag, §§ 14—18.

Digitized by Google

den Mangel verschwieg, d. h. wenn er selbst den Mangel kannte und wußte, daß er dem Käufer unbekannt geblieben war (460)[1].

B. Der Verkäufer haftet nur für wesentliche Mängel, d. h. solche, die den Werth oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder erheblich mindern. Quantitätsmängel können unter beiden Gesichtspunkten erheblich sein (459).

C. Während nach gemeinem, französischem, sächsischem Recht die Gewährleistung sich nur auf die Mängel bezieht, die zur Zeit des Abschlusses des Vertrages vorhanden waren, bezieht sie sich nach dem BGB. auf die im Moment des Gefahrüberganges (Bd. I, § 109) vorhandenen Mängel (460. 463).

D. Der Verkäufer haftet auch dafür, daß die Sache zur Zeit des Vertragsschlusses die zugesicherten Eigenschaften hat.

1. Die Zusicherung, daß die Sache die zugesicherte Eigenschaft hat, ist zu unterscheiden von dem Versprechen, die Eigenschaft herzustellen. Im letzteren Falle läge ein Nebenvertrag vor, aus welchem der Veräußerer auf Beschaffung der Eigenschaft haften würde, nicht aber gemäß 459.

2. Die Zusicherung muß in den Vertrag aufgenommen und eine ernste sein, vage Anpreisungen gehören hier nicht her, können aber die Haftung wegen Betruges begründen.

3. Eigenschaften sind solche Beziehungen der Sache zu anderen Gegenständen oder Personen, die von Einfluß auf die Werthschätzung der Sachen im Verkehr sind. Der Zusicherung bestimmter Eigenschaften steht gleich die Zusicherung der Abwesenheit gewisser Mängel.

4. Der Zusichernde haftet gesetzlich für die erheblichen Mängel, auch abgesehen von einer Zusicherung. Innerhalb des Rahmens der Zusicherung, d. h. in Bezug auf die zugesicherte Eigenschaft, haftet er ohne Rücksicht auf die Erheblichkeit des Mangels (B.) und ohne Rücksicht auf eine auf grober Fahrlässigkeit des Käufers beruhende Unkenntniß desselben vom Mangel (A.). Kenntniß des Mangels beim Käufer schließt allerdings auch diese Haftung aus.

5. Die Zusicherung einer bestimmten Größe des verkauften Grundstückes durch den Verkäufer gilt als Zusicherung einer Eigenschaft.

---

[1] Zur Sicherung des Beweises kann gerichtliche Beweisaufnahme nach CPO. § 488 stattfinden. Die Beweislast regelt sich dahin, daß der Käufer den Beweis des Mangels, der Verkäufer den der Kenntniß bez. der durch grobe Fahrlässigkeit verschuldeten Unkenntniß zu führen hat.

Digitized by Google

Ob Zusicherung vorliegt oder die Angabe des Flächengehaltes etwa nur zur Bezeichnung des Grundstückes erfolgte, ist Interpretationsfrage (468).

E. Die Gewährleistung wegen Mängel und zugesicherter Eigenschaften trifft den Verkäufer nicht, wenn die Sache auf Grund eines Pfandrechts in öffentlicher Versteigerung unter der Bezeichnung als Pfand verkauft wird. Der Grund dieser Vorschrift liegt weniger in der besonderen Lage des verkaufenden Pfandgläubigers als vielmehr in der Rückwirkung der Wandlung und Minderung auf das Schuldverhältniß und die Lage des Schuldners (461. 1235, CPO. § 806. ZVG. § 56).

II. Die Ansprüche des Käufers.

In allen Fällen (Spezies-, Gattungskauf) hat der Käufer die Ansprüche auf Wandelung oder Minderung (A—D). An Stelle dieser Ansprüche kann er bei allen Käufen Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern (E.), dagegen steht ihm ein Anspruch auf Lieferung mangelfreier Sache nur beim Gattungskaufe zu (J.). Kann aber nicht der Verkäufer durch nachträgliches Angebot mangelfreier Lieferung und Besserung des Mangels die Ansprüche des Käufers abwenden? Selbstverständlich wird der Käufer dem Verkäufer die Beseitigung des Mangels immer freistellen können, aber nach dem Grundsatz von Treu und Glauben und gemäß 226 auch freistellen müssen, so z. B., wenn binnen kurzer den Käufer nicht beeinträchtigender Frist Besserung des Mangels erfolgen kann und vom Verkäufer angeboten wird[1].

A. Der Anspruch auf Wandelung oder Minderung (462). Ob Wandelung oder Minderung eintritt, hängt nicht von der Art der Fehler oder dem Gewicht derselben oder vom richterlichen Ermessen ab, sondern von der Wahl des Käufers. Hier ist es nothwendig, Sicherheit darüber zu schaffen, wann die Wahl unabänderlich wird.

1. Die Wahl des Käufers ist vollzogen, wenn sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt hat, d. h. durch Wandelungsvertrag. Zur Geltendmachung der

[1] Vgl. bes. Oertmann, S. 205 (zu 480, Z. 2 b) und S. 187. Cosack I, S. 439. Planck zu 462, Z. 4. A. M. Endemann I, § 161, Note 20. Weyl I, S. 406. Andererseits steht dem Käufer ein Anspruch auf Besserung des Mangels nur zu, wenn diese versprochen oder wenn der Mangel nach Vertragsschluß vom Verkäufer verschuldet ist.

Digitized by Google

Wahl ist also nicht Erhebung der Klage bez. Geltendmachung als Einrede nöthig, sondern nur das Verlangen des Käufers. So lange aber der Verkäufer sich mit der Wahl nicht einverstanden erklärt hat, kann der Käufer seine Wahl ändern und auch beim Vertrage bleiben, z. B., wenn nach erklärter Wandelungsabsicht der Verkäufer in Konkurs fällt (465). Die Wahlerklärung ist dem Verkäufer gegenüber abzugeben, ebenso wie die Erklärung des Einverständnisses dem Käufer gegenüber; denn es handelt sich um Vertragserklärungen.

Wenn so die Wahl auf Wandelung unwiderruflich geworden ist. kann auch der Verkäufer die Durchführung der Wandelung verlangen. Er braucht nicht die Klage oder Einrede der Wandelung abzuwarten.

2. Der Verkäufer muß auch seinerseits geschützt sein gegen die Unsicherheit, die vorliegt, wenn der Käufer Mängel und zwar dem Verkäufer gegenüber behauptet, aber die Wahl nicht ausübt. Der Verkäufer kann dem Käufer unter Erbieten zur Wandelung eine angemessene Frist setzen zur Erklärung, ob er Wandelung verlange. Verstreicht die Frist ohne Erklärung, so kann Wandelung nicht mehr verlangt werden (466). Erklärt sich der Käufer innerhalb der Frist für Wandelung oder Minderung, so muß der Verkäufer diese Wahl nach Z. 1 unverzüglich annehmen, sonst hat der Käufer wieder freie Wahl. Die Bestimmung soll dem Käufer, der Mängel behauptet, die Möglichkeit einer Spekulation abschneiden. Behauptet der Käufer aber Mängel nicht, so ist 466 allerdings nicht anwendbar. Das Bedenken[1] mindert sich durch die Verjährungsbestimmungen.

3. Der Wandelungsvertrag hat nach Z. 1—2 die Funktion, die Grenze des jus variandi zu bestimmen. Das Wahlrecht soll nicht schon durch einseitige Wahlerklärung des Käufers erschöpft sein, sondern erst durch den Wandelungsvertrag. Selbstverständlich ist die Wandelung, wenn es zu einem solchen Vertrage kommt, durch diesen in Vollzug gesetzt, ebenso wie durch Rückleistung und Annahme derselben durch den Käufer. Kommt es aber zu einem Wandelungsvertrage nicht, so hat der Käufer nicht etwa einen Anspruch auf Abschluß desselben, sondern er kann die Ansprüche aus 467 im Wege der Klage oder Einrede geltend machen. Ebenso liegt es bei der Minderung[2].

Auf Grund der Protokolle ist aber eine entgegengesetzte Auffassung

---

[1] Schollmeyer, a. a. O., S. 16.

[2] Vgl. Fischer-Henle zu 465. Lobe, a. a. O. (1899). Tränkner, a. a. O. (1889), S. 91 f. Eccius, a. a. O. (1899).

Digitized by Google

vertreten[1]: Wandelung und Minderung vollzieht sich nur durch Vertrag. Der Anspruch des Käufers gegen den Verkäufer geht auf Abschluß dieses Vertrages, ähnlich dem Anspruch aus einem pactum de contrahendo. Ist der Verkäufer zum Abschluß des Vertrages nicht bereit, so muß der Käufer Klage erheben. In dieser Klage stellt er den Vertragsantrag und erhebt zugleich den Leistungsanspruch, der Verkäufer wird verurtheilt und durch rechtskräftiges Urtheil wird die Zustimmung des Verkäufers ersetzt (CPO. § 894). Diese Auffassung hat also streng zu scheiden zwischen dem Anspruch auf Wandelung und dem Anspruch aus der Wandelung, d. h. aus dem durch den Vertragsschluß geschaffenen schuldrechtlichen Verhältniß auf Restitution. Diese Auffassung tritt, von anderen Bedenken abgesehen, in Widerspruch mit 462; sie schiebt die Restitution in praktisch höchst bedenklicher Weise hinaus, da die Rechtskraft des Urtheiles über die Klage auf Wandelung abzuwarten ist, ehe die Klage aus der Wandelung angestellt werden kann; sie ist durch das Gesetz selbst beseitigt, welches in 478 eine Einrede der Wandelung und Minderung ohne Vollzug durch Vertrag[2] gewährt, und durch die Ausdrucksweise des Gesetzes in 465 und 467 nicht hinreichend gestützt.

Nach dem BGB. vollziehen sich also Wandelung und Minderung nicht nur durch den Vertrag nach 465, sondern wie im bisherigen Rechte auch durch Klage und Einrede, die den Anspruch auf Rückleistung zur Geltung bringen. Im letzteren Falle kann der Käufer seine Wahl bis zur rechtskräftigen Entscheidung bez. bis zur Erklärung des Einverständnisses durch den Verkäufer ändern.

B. Der Wandelungsanspruch.

Der Wandelungsanspruch steht unter den Normen des vertragsmäßigen Rücktrittsrechtes. Die Parteien sind daher in Folge der vollzogenen Wandelung einander so verpflichtet und berechtigt, als wenn der Vertrag nicht geschlossen wäre. Der Käufer hat deshalb die Waare, der Verkäufer den Kaufpreis zurückzugewähren, bez. nicht mehr zu fordern. Die Verpflichtungen sind Zug um Zug zu erfüllen. Ist die Herausgabe des Empfangenen überhaupt oder in unversehrtem Zustande unmöglich geworden, so ist Ersatz zu leisten. Mit dem Empfangenen sind Nutzungen herauszugeben bez. Zinsen zu leisten

[1] Schollmeyer (1897), S. 16. Endemann I, § 148. Planck, S. 250. Kloß, a. a. O. (1899). Oertmann, S. 186. 190. Emerich, Kauf und Werklieferungsvertrag, § 17.

[2] Vgl. auch Hellwig, die Verträge auf Leistung an Dritte (1899), S. 300. A. M. Neumann zu 462, Z. 3. 465, Z. 6. 478, Z. 3.

Digitized by Google

und Ersatz von Verwendungen zu gewähren. Wesentliche Verschlechterung und Untergang beim Empfänger, ohne dessen Schuld, schließen die Wandelung nicht aus, wohl aber die vom Käufer verschuldete wesentliche Verschlechterung und der Untergang oder sonstige Unmöglichkeit der Rückgewährung[1]. Die Wandelung ist ferner ausgeschlossen, wenn der Käufer die Waare durch Verarbeitung und Umbildung zu einer andern Sache umgestaltet hat und der Mangel sich nicht erst bei dieser Umgestaltung zeigte. Zeigt sich der Mangel bei der Verarbeitung, so hat der Käufer nach 281 entweder die neue Sache gegen Vergütung der Verarbeitungskosten oder, wenn er die Sache behält, den Vermögensvortheil herauszugeben. Eine Vergütung der Verarbeitungskosten findet aber nur statt, soweit sie als Verwendung nach dem Recht des Rücktrittes ersetzt wird (347, Abs. 2. 994, Abs. 2)[2]. Die Wandelung ist ferner nicht schlechthin ausgeschlossen, wenn der Käufer die Waare veräußert oder mit dem Rechte eines Dritten belastet hat. Kommt der Käufer mit der Rückgewähr in Verzug, so wird die Wandelung unwirksam nach 354. Der Käufer kann auf Durchführung der Wandelung klagen. Kommt der Käufer in Verzug mit der Rückgewährung der Sache (Wandelungsleistung), so kann der Verkäufer ihm eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er nach fruchtlosem Verstreichen der Frist die Wandelungsleistung ablehne. Die Wandelung wird dann unwirksam. Der Käufer kann nun auch nicht die Minderung oder die sonstigen Rechtsbehelfe wählen, denn die Wandelung ist und bleibt vollzogen und der ursprüngliche Kaufvertrag von Bestand[3]. Der Wandelungsanspruch ist aktiv und passiv untheilbar (356).

Der Käufer kann ferner Ersatz der Vertragskosten vom Verkäufer verlangen.

Niemals kann mit dem Wandelungsanspruche auch Ersatz des Schadens verlangt werden, den der Käufer durch die mangelhafte Sache erlitten hat.

1. Wegen Mangels der zugesicherten Größe eines Grundstückes kann Wandelung nur begehrt werden, wenn der Mangel so erheblich ist, daß die Erfüllung des Vertrages für den Käufer kein Interesse mehr hat (468).

---

[1] Das gemeine Recht gab auch in diesem Falle den Wandelungsanspruch und verpflichtete nur den Käufer zum Ersatz.

[2] A. M. M. II. S. 231 f.

[3] Schollmeyer, S. 17, giebt dem Verkäufer keinen Anspruch auf Durchführung der Wandelung, sondern nur das Recht der Fristbestimmung an den säumigen Käufer.

Digitized by Google

2. Sind mehrere Sachen zu Einzelpreisen oder zu einem Gesammtpreis verkauft, so kann Wandelung nur wegen der einzelnen mangelhaften Sachen begehrt werden. Das gilt auch an sich für Sachgesammtheiten. Dieser Grundsatz bedurfte der Einschränkung: sind mehrere Sachen als zusammengehörend verkauft, d. h. in dem Sinne, daß der Erwerb aller nicht gewollt wäre, wenn einzelne sich als mangelhaft erweisen (z. B. Viergespann, Damenschmuck, bestehend aus mehreren Stücken), so kann der Käufer Wandelung wegen aller Sachen nur, wenn die Trennung ihm Nachtheil bringen würde, wegen der einzelnen Sachen aber stets verlangen. Verlangt er sie wegen der einzelnen Sachen, so kann der Verkäufer fordern, was er unverzüglich erklären muß, daß die Wandelung auf alle Sachen erstreckt wird, wenn die Trennung ihm nachtheilig sein würde (469). Die Wandelung wegen eines Mangels der Hauptsache erstreckt sich auch auf die Nebensache. Wegen eines Mangels der Nebensache kann nur Wandelung bez. dieser verlangt werden (470). Sind die mehreren Sachen oder die Haupt- und Nebensache zu einem Gesammtpreis verkauft und findet Wandelung nur bez. einzelner Sachen statt, so fragt es sich, wieviel der Käufer vom Gesammtpreis nicht zu zahlen hat oder herauszuverlangen berechtigt ist. Der Gesammtpreis (= a) ist in dem Verhältniß herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Verkaufsabschlusses der Gesammtwerth aller mangelfreien Sachen (= b) zu dem Werthe der von der Wandelung nicht betroffenen Sachen (= c) gestanden haben würde (471). Sind neben dem in Geld festgesetzten Preise Leistungen bedungen, die nicht vertretbare Sachen zum Gegenstande haben, so sind diese nach 473 (vgl. C.) in den Preis einzurechnen. Die Berechnung erfolgt also nach der Formel:

$$b : c = a : x$$

C. Der Anspruch auf Minderung des Kaufpreises.

1. Die Berechnung der Minderung erfolgt nicht nach dem absoluten Prinzip, d. h., es wird nicht der jetzige Werth der fehlerhaften Sache geschätzt und der Kaufpreis um soviel gekürzt, als er den Schätzungswerth übersteigt, auch ist die Berechnung nicht in das Ermessen des Richters gestellt, sie wird vielmehr nach dem relativen Prinzip vorgenommen: der Kaufpreis (= c) ist in dem Verhältnisse zu mindern (= x), in dem der Werth der mangelfreien Sache (= a) zu dem Werthe der mangelhaften Sache (= b) zur Zeit des Vertragsabschlusses gestanden haben würde, also nach der Formel: $a : b = c : x$

Digitized by Google

$$a = 10\,000,\ b = 8000,\ c = 20\,000$$
$$10\,000 : 8000 = 20\,000 : x$$
$$x = 16\,000,$$

nach der absoluten Berechnung wäre $x = 8000$.

Wenn beim Verkaufe mehrerer Sachen um einen Gesammtpreis die Minderung nur wegen einzelner Sachen stattfindet, so ist bei der Minderung des Gesammtpreises der Gesammtwerth aller Sachen zu Grunde zu legen (472). Neben dem Kaufpreise in Geld können Leistungen bedungen sein, die nicht auf vertretbare Sachen oder überhaupt nicht auf Sachleistung (Dienste) gehen. Diese sind in den Kaufpreis mit ihrem Geldwerthe zur Zeit des Verkaufes einzurechnen. Dieser in Geld festgesetzte Preis wird dann gemindert. Ergiebt sich, daß der abzusetzende Betrag größer ist als der in Geld festgesetzte Kaufpreis, so hat der Verkäufer den Ueberschuß an den Käufer herauszuzahlen (473, vgl. 471. 472). Sind die Dienste schon geleistet, so kann auf diesem Wege Wandelung und Minderung durchgeführt werden (vgl. ferner 323. 515). Geht die Nebenleistung des Käufers auf vertretbare Sachen, so sind auch diese in Geld zu veranschlagen, der Käufer hat dann die Wahl, ob er den Kaufpreis mindern will oder ob er um den abzusetzenden Betrag seine Nebenleistung kürzen will. Ist der abzusetzende Betrag aber größer als der angesetzte Kaufpreis, so wird man dem Verkäufer nicht die Zahlung des Ueberschusses schlechthin auferlegen, sondern nach seiner Wahl die Herausgabe einer dem Ueberschuß entsprechenden Quantität der empfangenen vertretbaren Sachen[1].

2. Der Anspruch auf Preisminderung ist kein Ersatzanspruch, er bleibt also bestehen, wenn auch der Käufer die Waare mit noch so großem Gewinn weiterveräußert.

3. Das Recht auf Minderung ist aktiv und passiv theilbar (420). Ist von einem oder gegen einen Theilberechtigten die Minderung für seinen Theil ausgeübt, so ist nach 356 und 467 die Wandelung für alle ausgeschlossen (474).

D. Ist wegen eines Mangels Minderung erfolgt, so kann auch noch wegen eines andern, später entdeckten Mangels Wandelung oder Minderung begehrt werden (475). Wird Wandelung begehrt, so ist der in Folge der früheren Minderung herabgesetzte Preis zu berücksichtigen (346).

---

[1] So Oertmann, S. 198. Vgl. Planck, S. 256. Neumann zu 473.

Digitized by Google

E. Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung (463). Der Käufer hat diesen Anspruch, wenn der verkauften Sache zur Zeit des Verkaufes eine zugesicherte Eigenschaft fehlt oder wenn der Verkäufer einen zur Zeit des Vertragsabschlusses vorhandenen Mangel arglistig, d. h. in Kenntniß des Mangels und im Bewußtsein der Unkenntniß des Käufers, verschwiegen hat.

1. Der Schadensersatzanspruch kann nicht neben, sondern nur anstatt des Anspruches auf Minderung oder Wandelung geltend gemacht werden.

2. Der Anspruch geht auf das positive Erfüllungsinteresse auch im Falle der Arglist (vgl. 123), er geht nicht auf Schadensersatz wegen mangelhafter Erfüllung.

3. Er ist im Falle der Zusicherung einer Eigenschaft nicht von einer Verschuldung des Verkäufers abhängig.

4. Der Schadensersatzanspruch steht nicht zu, wenn die zugesicherte Eigenschaft zur Zeit des Vertragsabschlusses vorhanden war und später fortfiel, und auch nicht, wenn ein Mangel damals nicht vorlag, sondern erst später eintrat.

5. Daß der Schadensersatzanspruch fortfällt, wenn dem Käufer bei Abschluß des Kaufes der Mangel bekannt war, folgt schon aus 460.

F. Die Ansprüche auf Wandelung, Minderung und Schadensersatz stehen dem Käufer nicht zu, wenn er die Waare in Kenntniß ihres Mangels ohne Vorbehalt seiner Rechte wegen der Mängel als Erfüllung annimmt (464).

1. Es muß Anbieten und Annahme als Erfüllung, nicht etwa vorläufige Uebergabe zu anderen Zwecken, z. B. zur Prüfung, vorliegen.

2. Kenntniß des Mangels ist verlangt, das Kennenmüssen steht derselben nicht gleich.

3. Der Käufer kann sich seine Rechte vorbehalten. Eine Prüfungs- und Anzeigepflicht trifft ihn aber nicht (vgl. aber HGB. § 377). Der Vorbehalt ist empfangsbedürftige Willenserklärung. Ist der Verkäufer bei der Annahme der Waaren nicht zugegen und nicht vertreten, so muß ihm der Vorbehalt zugehen[1].

4. Der Verlust der Ansprüche rechtfertigt sich nicht schlechthin

[1] Vgl. Kloß, Sächs. Arch., Bd. 9, S. 281 f., der über das Erforderniß des Empfanges fallen läßt.

Digitized by Google

aus einem Verzichte[1], der in vielen Fällen Fiktion sein würde, sondern aus dem Gesichtspunkte, daß die spätere Geltendmachung gegen Treu und Glauben verstoßen würde.

5. Erlangt der Käufer Kenntniß vom Mangel nach Annahme, so kann ein bestimmtes Verhalten seinerseits, z. B. Verbrauch der Waare, einen Verzicht auf seine Ansprüche enthalten.

G. Die Parteien können die Gewährleistung wegen Mängel vertragsmäßig, auch stillschweigend bei oder nach Abschluß des Kaufes modifiziren. Eine Einschränkung der gesetzlichen Gewährleistungspflicht oder ein Erlaß derselben ist aber nichtig, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig (460) verschweigt (476).

H. Die Verjährung der Ansprüche[2] auf Minderung, Wandelung oder Schadenersatz (477. 478. 479).

1. Die Verjährung vollendet sich bei beweglichen Sachen in 6 Monaten von der Ablieferung, also nicht von der Uebergabe (z. B. durch Konnossement oder Lagerschein) an, da diese eine Untersuchung noch nicht gestattet, bei Grundstücken in einem Jahr von der Uebergabe an, wenn nicht durch Vertrag die Frist verlängert ist. Wo sich der Käufer mit einer Ersatzübergabe (930. 931) begnügt hat, ist diese entscheidend[3]. Eine Verlängerung auch über die ordentliche Verjährungszeit hinaus ist trotz 225 zulässig[4]. Ist einer der Ansprüche auf arglistiges Verschweigen des Mangels durch den Verkäufer gestützt, so tritt die ordentliche Verjährung ein.

2. Der Antrag auf gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises (CPO. §§ 485 ff.) unterbricht die Verjährung.

[1] So M. II. S. 229 f. Denkschrift, S. 62. Schollmeyer, a. a. O., S. 15.

[2] Daß es sich um Ansprüche handelt, kann bei dem auf Schadenersatz gerichteten Rechte nicht zweifelhaft sein. Das Gleiche soll der Fall bei Wandelung und Minderung sein. Ist vom Käufer bereits geleistet, so hat er den Anspruch auf gänzliche oder theilweise Rückgabe des von ihm Geleisteten. Hat der Käufer noch nicht geleistet, so hat er den durch Einrede oder Feststellungsklage geltend zu machenden Anspruch auf gänzliche oder theilweise Befreiung von den Vertragspflichten, d. h. darauf, daß der Verkäufer die Geltendmachung seiner Rechte unterlasse. Vgl. Eccius, a. a. O., S. 322, 325, Note 34.

[3] Oertmann, S. 201. A. M. Planck, S. 258. Neumann, S. 227 f.

[4] So Planck zu 477, Z. 5. Fischer-Henle zu 477. Schütz, Die Haftung des Verkäufers bei physischen Mängeln der veräußerten Sache ꝛc. (1897. Diss.) S. 83. Die Begründung ergiebt sich aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift (vgl. E. I § 397) und aus ihrem Verhältniß zu 225. Ist letztere Regel durch eine Ausnahme durchbrochen, so ist es willkürlich, der Ausnahme einen beschränkten Sinn unterzulegen, den sie nicht erkennen läßt. A. M. Oertmann, S. 202, vgl. auch S. 360.

Digitized by Google

Die Unterbrechung dauert bis zur Beendigung des Verfahrens gemäß 211, Abs. 2 und 212

Für die Hemmung und Unterbrechung der Verjährung gelten sonst die allgemeinen Grundsätze. Weil aber die drei Ansprüche demselben Zwecke dienen, so wirkt die Hemmung und Unterbrechung des einen Anspruches auch auf die Verjährung der übrigen Ansprüche.

Die Anwendung der allgemeinen Verjährungsgrundsätze würde zur Folge haben, daß nach Vollendung der Verjährung des Anspruches auch die Geltendmachung im Wege der Einrede ausgeschlossen ist. Der Käufer kann sich aber die Einrede der Wandelung und Minderung erhalten. Er kann dann die Zahlung des Kaufpreises auch jetzt noch insoweit verweigern, als er dazu im Falle der Wandelung oder Minderung berechtigt sein würde:

a. wenn er vor der Vollendung der Verjährung dem Verkäufer den Mangel angezeigt oder die Anzeige an ihn abgesendet hat;

b. wenn er vor Vollendung der Verjährung den Antrag auf gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises stellt;

c. wenn er in einem zwischen ihm und dem weiteren Erwerber wegen des Mangels anhängigen Rechtsstreite dem Verkäufer vor vollendeter Verjährung den Streit verkündet hat (CPO. §§ 72 ff.);

d. die Einreden erhalten sich von selbst, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat.

3. Die Verjährung des Anspruches auf Schadensersatz würde nicht hindern, daß der Käufer mit diesem Anspruche aufrechnet gegen die Forderung auf den Kaufpreis (390). Das ist auch der Fall, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat; in anderen Fällen ist die Aufrechnung ausgeschlossen, wenn der Käufer sie sich nicht durch Anzeige ꝛc. nach 478 gesichert hat (479).

J. Die Ansprüche beim Gattungskauf.

Dem Käufer stehen beim Gattungskauf auch die Ansprüche auf Wandelung, Minderung und Schadensersatz zu.

1. Anstatt der Wandelung oder Minderung kann aber der Käufer Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen. Der Käufer verlangt damit Erfüllung des Vertrages; er kann zugleich sein Interesse (z. B. wegen Verzuges) geltend machen. Dieser Anspruch steht i. A. unter den für die Wandelung bez. Minderung geltenden Vorschriften. Der Verkäufer hat aber dem Käufer die Kosten des Vertrages nicht zu vergüten.

Digitized by Google

2. Anstatt des Anspruches auf Wandelung, Minderung oder Nachlieferung hat der Käufer den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, wenn der Waare eine zugesicherte Eigenschaft fehlt oder wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat. Es ist hier aber für den Mangel und die arglistige Verschweigung maßgebend der Moment des Ueberganges der Gefahr, weil erst mit diesem die zu leistenden Sachen bestimmt sind (480, vgl. 463).

K. Die Beweislast. Sowohl beim Spezies- wie beim Gattungskauf hat der Regel entsprechend der Verkäufer zu beweisen, daß die Waare die vertragsmäßige Beschaffenheit hat[1]. Nur, wenn der Käufer die Waare als Erfüllung angenommen hat, trifft den Käufer die Beweislast.

III. Die Vorschriften über die Gewährleistung wegen Mängel der Sache finden analoge Anwendung auf kaufähnliche Verträge (493 vgl. 445), soweit nicht das unter I, E. Gesagte zutrifft.

§ 107.

3. Die Gewährleistung wegen Viehmängel[2].

Die Regelung der Frage ist im geltenden Recht eine sehr verschiedene. Nach römischem Recht greifen die allgemeinen Grund-

---

[1] A. M. Cosack I, S. 439, Z. VII. Für den Spezieskauf auf Grund der negativen Formulirung in 459. Vgl. aber Endemann I, S. 720. Oertmann, S. 183.

[2] Materialien: M. II. S. 243 ff. P. I. S. 718 ff. 802 f.; VI. S. 384. D. S. 65 ff. BRK. S. 66 ff.

Litteratur: 1888: v. Böldendorff, Jur. Tag 19, Bd. 1, S. 57 ff. Jur. Tag 19, Bd. 3, S. 169 ff. 317 ff. 1889: Bernhöft, Beitr., H. 12, S. 42. Seuffert, Beitr., H. 11, S. 67 f. Gierke, Der Entwurf, S. 218 ff. Opitz, Gutachten, S. 44 ff. Verhandlungen des Pr. Landes-Ök.-Koll., S. 132 ff. 140 ff. 150 ff. 260 ff. 510 ff. 899. 1890: Jacoby, Annalen des D. Reichs, S. 877 f. Hachenburg, GA., S. 143 ff. Scherer, Die Viehgewährschaft. 1892: Grützmann, Sächs. Arch., Bd. 2, S. 757 ff. Jakubezky, Bemerkungen, S. 96 ff. Bähr, Gegenentw., S. 81 f. 1895: Dieckerhoff, Die Gewährleistung beim Viehhandel. 1896: Meisner, Kritische Bemerkungen, S. 83 ff. 1897: Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse, § 2. Bunsen I, § 67. 1898: Hirsch und Nagel, Die Gewährleistung beim Viehhandel. Weyl I, § 97. Leske, § 61. Stobbe-Lehmann III, § 232. 1899: Kuhlenbeck, Von den Pandekten II, § 39. Krückmann, § 15. v. Buchka, § 15, Endemann I, § 161. Cosack I, § 120. Stölzle, Viehkauf (Viehgewährschaft) nach dem BGB. (Textausgabe mit Kommentar). Tränkner, Sächs. Arch., Bd. 9, S. 93 f. Klosz, ebenda, S. 310 ff. Schepp, Das öff. R. im BGB. S. 49 ff.

Digitized by Google

sätze ein (Wandelung und Minderung nach Wahl des Käufers wegen aller erheblichen zur Zeit des Kaufabschlusses erweislich vorhandenen Mängel). Nach dem kombinirten System tritt das deutschrechtliche Prinzip bei gewissen Thiergattungen, bei anderen das römische ein. Ein gemischtes System hält am römischen Recht fest, folgt aber bez. der sog. Nachtkrankheiten, d. h. solcher, die sich binnen 24 Stunden offenbaren, und für gewisse Mängel gewisser Hausthiere dem deutschen Prinzip. Das sog. amerikanische oder Luzerner Prinzip kennt keine Gewährleistung beim Viehhandel. Das BGB. folgt dem deutschen Recht.

Für den Kauf von Hausthieren, nämlich: Pferden, Eseln, Mauleseln und Maulthieren, Rindvieh, Schafen, Schweinen stellt das BGB. im Anschluß an das deutsche Recht besondere abweichende Normen auf. Die allgemeinen Normen finden also Anwendung schlechthin auf alle nicht genannten Thiere, darunter auch Hausthiere (z. B. Ziegen), und auch auf die genannten ausgenommenen Thiere, aber nur, soweit nicht die Besonderheiten des Gesetzes Platz greifen. Diese besondern Vorschriften finden aber nach 493 auch analoge Anwendung auf den Kauf anderer Thiere[1].

I. Der Verkäufer haftet gesetzlich nur für bestimmte Mängel (Hauptmängel) und auch für diese nur dann, wenn sie sich innerhalb bestimmter Fristen herausstellen (Gewährfristen).

A. Die Hauptmängel und die Gewährfristen sind durch die mit Zustimmung des Bundesrathes erlassene kaiserliche Verordnung vom 27. März 1899 bestimmt, die auf demselben Wege auch ergänzt und abgeändert werden kann[2].

B. Für andere als die bestimmten Hauptmängel fällt die Gewährleistungspflicht fort. Für einen Hauptmangel haftet der Verkäufer aber dann nicht, wenn der Käufer nach 460 den Mangel gekannt hat oder, abgesehen von besonderer Zusicherung und Arglist des Verkäufers, in Folge grober Fahrlässigeit nicht gekannt hat.

C. Die Gewährfristen sind bestimmt in Anschluß an die Erfahrung. Es sind die Fristen, in denen der Mangel, die Krankheit, sich herauszustellen pflegt. Die Gewährfrist kann aber durch Vertrag verlängert oder abgekürzt werden. Die so bestimmte Frist tritt an die Stelle der gesetzlichen Gewährfrist (486). Die Bedeutung der Gewährfristen ist die, daß jede Haftung des Verkäufers aufhört,

[1] Vgl. Planck und Oertmann zu 493. A. M. Endemann I, S. 725, Note 23.

[2] Abgedruckt u. erläutert bei Stölzle a. a. O.

Digitized by Google

wenn der Mangel nach Ablauf der Frist sich herausstellt. Der Käufer kann nicht den Beweis führen, daß der Mangel dennoch zu der entscheidenden Zeit (459. 484) vorlag. Die Haftung ist andererseits begründet, wenn der Mangel innerhalb der Gewährfrist hervortritt. Es wird bis zum Beweise des Gegentheiles angenommen, daß der Mangel dann auch zur Zeit des Ueberganges der Gefahr vorhanden war (484). Die Frist beginnt mit dem Ablauf des Tages, an welchem die Gefahr auf den Käufer übergeht (483). Das entspricht der Regel in 187, Abs. 1, da eben der Verkäufer dafür haftet, daß das Thier im Momente des Ueberganges der Gefahr ohne Mängel ist. Das Ende der Frist ergiebt sich aus 188.

II. Der Anspruch des Käufers.

A. Die Anzeigepflicht.

Die Vermuthung in 484 fordert eine Berücksichtigung des Interesses des Verkäufers, der in der Lage sein muß, nach Hervortreten des Mangels die Untersuchung zum Zwecke der Sicherung des Gegenbeweises vornehmen zu können. Schon deshalb muß dem Käufer die Anzeigepflicht auferlegt werden. Diese ist dahin verschärft, daß ihre Versäumung nicht nur den Verlust der Vermuthung, sondern auch den Verlust der Ansprüche wegen Mängel zur Folge hat[1], wenn nicht arglistiges Verschweigen des Mangels seitens des Verkäufers vorliegt.

Die Anzeige soll binnen zwei Tagen nach Ablauf der Gewährfrist erfolgen, bez. binnen zwei Tagen nach dem Tode des Thieres, wenn es innerhalb der Gewährfrist getödtet oder verendet ist. Die Anzeige erfolgt gegenüber dem Verkäufer. Sie ist rechtzeitig geschehen, sobald sie an den Verkäufer abgesendet ist. Der Anzeige gleich stehen die Erhebung der Klage wegen Mangels gegen den Verkäufer, die Verkündung des Streites an den Verkäufer und der Antrag auf gerichtliche Beweisaufnahme.

Der Verkäufer trägt die Gefahr der gehörig abgesendeten Anzeige. Der Verkäufer kann sich allerdings darauf berufen, daß die Anzeige nicht angelangt ist; der Käufer muß dann nachweisen, daß er mit gehöriger Sorgfalt abgesendet hat.

B. Der Käufer hat nur den Anspruch auf Wandelung.

Der Anspruch auf Minderung ist allgemein ausgeschlossen, weil die bei ihr nothwendige Schätzung bei lebenden Thieren unsicher ist,

[1] Der E. I. statuirte nur Verlust der Vermuthung in Uebereinstimmung mit einem Theile der bisherigen Rechte; andere Rechte theilen den Standpunkt des BGB., wieder andere knüpfen keine Folgen an die Unterlassung der Anzeige.

Digitized by Google

die Minderungsklage vom Käufer, der trotz des Mangels ein gutes Geschäft gemacht hat, zu weiterem Vortheile ausgebeutet werden kann und dem Verkäufer die Möglichkeit abgeschnitten ist, sich durch Rücknahme der Waare vor Schaden zu bewahren. Der Wandelungsanspruch ist aber auch dann gegeben, wenn sonst nur Minderung stattfände (847), also:

1. wenn der Käufer eine wesentliche Verschlechterung, den Untergang oder die sonstige Unmöglichkeit der Herausgabe des Thieres verschuldet hat (351);

2. wenn der Käufer das Thier durch Verarbeitung und Umbildung in eine Sache anderer Art umgestaltet hat (352);

3. wenn er über die Waare rechtlich verfügt und dadurch die Unmöglichkeit der Herausgabe verloren hat (353).

Die Wandelung wird hier dadurch bewirkt, daß der Käufer den Werth des Thieres ersetzen muß. Bei unwesentlicher Verschlechterung vor Vollziehung der Wandelung in Folge eines vom Käufer zu vertretenden Umstandes findet Herausgabe in natura statt, der Käufer hat aber die Werthminderung dem Verkäufer zu vergüten. Nutzungen hat der Käufer hier nur soweit zu ersetzen, als er sie gezogen hat, weil ein zweckmäßiger Gebrauch des Thieres hier dem Käufer meist nicht möglich oder für ihn bedenklich ist (z. B. Vermiethung des fehlerhaften Thieres) (487). Zu den Kosten, die der Verkäufer im Falle der Wandelung dem Käufer zu ersetzen hat (467), treten hier hinzu die seit Uebergabe aufgewendeten Kosten der Fütterung und Pflege, der thierärztlichen Untersuchung und Behandlung, der nothwendig gewordenen Tödtung und Wegschaffung, nicht auch die Kosten der Schutzmaßregeln gegen Seuchengefahr. Die zu ersetzenden Kosten mindern sich um die gezogenen Nutzungen. Meist werden aber Nutzungen nicht zu ziehen, die Kosten aber leicht sehr bedeutende sein; daher ist der Ersatzanspruch ein unbedingter (488).

Käufer wie Verkäufer haben aber möglicherweise ein Interesse daran, das übermäßige Anwachsen dieser Kosten zu verhüten. Daher haben, wenn ein Rechtsstreit über die Wandelung anhängig ist, beide Parteien das Recht, über die Voraussetzungen der CPO. § 935 hinaus eine einstweilige Verfügung des Prozeßgerichtes zu beantragen, durch welche die öffentliche Versteigerung des Thieres und die Hinterlegung des Erlöses angeordnet wird. Diese einstweilige Verfügung kann ergehen, sobald eine Besichtigung des Thieres nicht mehr erforderlich ist (489).

C. Der Käufer einer Heerde kann nicht die Wandelung bez. aller

Digitized by Google

Stücke verlangen, wenn bei einzelnen eine ansteckende Krankheit hervorgetreten ist, weil nach der Seuchengesetzgebung doch die der Ansteckung verdächtigen Thiere beim Käufer verbleiben müßten und zwar stets über die Dauer der kurzen Gewährfrist hinaus. Der bloße Verdacht einer Ansteckung kann die Gewährleistungspflicht (Wandelung) nicht begründen. Es wäre das eine zu große Härte gegen den Schuldner. Nur wenn innerhalb der Gewährfrist die Krankeit bei den übrigen Thieren hervortritt, ist der Wandelungsanspruch begründet. Tritt die Krankheit erst nach Ablauf der Gewährfrist hervor, so haftet der Verkäufer, wenn ihn eine Schuld trifft.

D. Der Käufer hat den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, wenn eine zugesicherte Eigenschaft fehlt oder wenn das Vorhandensein eines Hauptmangels arglistig verschwiegen ist (463. 481).

E. Die Verjährung.

Der Anspruch auf Wandelung[1] und der Anspruch auf Schadensersatz wegen eines Hauptmangels, dessen Abwesenheit zugesichert ist, verjähren in sechs Wochen von dem Ende der Gewährfrist an. Damit hängt die Herabsetzung der Fristen auf sechs Wochen in 210. 212. 215 zusammen. Im Uebrigen bleiben die allgemeinen Vorschriften des vorigen Paragraphen unberührt. Demnach verjährt auch der Schadensersatzanspruch wegen eines arglistig verschwiegenen Hauptmangels nicht in der kürzeren Frist.

Nach Verjährung des Anspruches auf Wandelung verbleibt dem Käufer das Recht, die Zahlung des Kaufpreises zu verweigern, er kann auch die Forderung auf Schadensersatz nach Verjährung des Anspruches zur Aufrechnung gegen die Kaufpreisforderung verwenden (anders 479). Vorausgesetzt ist aber hier selbstverständlich, daß der Käufer nicht durch Versäumung der Anzeige nach 485 seine Rechte wegen des Mangels verloren hatte (490).

III. Verkauf eines der Gattung nach bestimmten Thieres. Auch hier hat der Käufer das Recht (vgl. 480), statt der Wandelung Lieferung eines mangelfreien Thieres zu verlangen. Auf diesen Anspruch finden die Vorschriften unter II. B. über die Kostenersatzpflicht des Verkäufers, das Recht des Antrages auf einstweilige

[1] Im bisherigen Rechte bestanden drei Wege: Abkürzung der Verjährungsfrist unter Beibehaltung ihres Beginnes — Identifizirung von Gewährfrist und Verjährungsfrist, d. h. die Klage muß innerhalb der Gewährfrist angestellt werden — Abkürzung der Verjährungsfrist und Anknüpfung ihres Laufes an den Ablauf der Gewährfrist. Vgl. M. II. S. 261 f.

Digitized by Google

Verfügung zwecks öffentlicher Versteigerung ꝛc. und die Verjährung (488. 490) Anwendung (491).

IV. Vereinbarung erweiterter Haftung (492).

Der Verkäufer kann die Gewährleistung auch wegen eines nicht zu den Hauptmängeln gehörenden Fehlers im Vertrage übernehmen. Ob das geschehen ist, ist lediglich Auslegungsfrage. Das Versprechen, für alle Mängel haften zu wollen, ist nicht (auch im Zweifel nicht) auf die Hauptmängel zu beziehen. Der Verkäufer kann ferner Eigenschaften des Thieres zusichern, deren Nichtvorhandensein einen Hauptmangel nicht darstellt.

A. In diesen Fällen ist ebenfalls die Wandelungsklage ausschließlich zulässig, in demselben Umfange und mit denselben Rechten der Parteien (487—489). Es gelten die gleichen Grundsätze für die Verjährung (490) und für den Gattungsthierkauf (491).

B. Ist eine Gewährfrist vereinbart, so kommen auch die Grundsätze für den Beginn und die Bedeutung der gesetzlichen Gewährfrist (483—485) zur Geltung. Ist dagegen eine Gewährfrist nicht vereinbart, so beginnt die Verjährung des Anspruches auf Schadensersatz und auf Wandelung (490) mit der Ablieferung, nicht mit der Uebergabe (vgl. 477) des Thieres (492).

§ 108.

Die Verpflichtungen des Käufers[1].

I. Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den Preis zu zahlen und von dem Zeitpunkte an zu verzinsen, von welchem an die Nutzungen der Waare ihm gebühren. Gleichgültig ist, ob es sich um bewegliche oder unbewegliche Sachen handelt, ob dieselben Nutzungen gewähren oder nicht und welche. Durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung kann die gesetzliche Zinspflicht ausgeschlossen werden. Das ist anzunehmen, wenn der Kaufpreis gestundet ist. Sollen trotz Stundung Zinsen gezahlt werden, so müßte sich der

[1] Materialien: M II S. 316 f. 320 ff. 329. P. II. S. 52 ff. 56 ff. 64 ff. 68 f. IV, S. 170. BRK. S. 66.
Litteratur: 1889: Bernhöft, Beitr., H. 12, S. 56. 1890: Sprenger, Gruch. Beitr., Bd. 34, S. 592 ff. 1892: Jakubezky, Bemerkungen S. 114 f. 1897: Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse, § 2. Bunsen I, § 65. 1898: Stobbe-Lehmann III, § 231. Weyl I, § 94. Leske, § 58. 1899: Kuhlenbeck, Von den Pandekten ꝛc. II, § 38. Krückmann, § 15. v. Buchka, § 15. Endemann I § 158. Cosack I § 130. Tränkner, Sächs. Arch. Bd. 9, S. 87 ff. Emerich, Kauf- und Werklieferungsantrag, §§ 19—22

Digitized by Google

Verkäufer die Verzinsung ausbedingen. Mit Ablauf der Stundung tritt die gesetzliche Zinspflicht an sich nicht ein. Wird nach dem entscheidenden Zeitpunkt Stundung gewährt, so kann damit auf die bisherigen Zinsansprüche verzichtet sein. In den Preis sind Nebenleistungen zu ihrem Werthe einzurechnen (433. 452).

II. Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer die vertragsmäßig angebotene Waare *abzunehmen*, d. h. sie thatsächlich wegzunehmen[1]. In der Abnahmepflicht liegt bei den Spezifikationskäufen auch die Spezifikationspflicht (vgl. HGB. § 375, Abs. 2). Durch die Nichtabnahme geräth der Käufer eventuell auch in Schuldnerverzug. Durch Vereinbarung kann diese Verpflichtung erlassen sein (433). Der Verpflichtung zur Abnahme entspricht es, wenn nach 448 der Käufer die Kosten der Abnahme und auch der Versendung nach einem andern als dem Erfüllungsorte zu tragen hat.

III. Der Käufer hat dem Verkäufer *Verwendungen* desselben auf die Kaufsache aus der Zeit nach dem Kaufabschlusse zu ersetzen, wenn und soweit er diesen Ersatz versprochen hat. Auch abgesehen davon ist er zum Ersatz nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag verpflichtet (677 ff.). Diese Regel kommt also zur Anwendung, wenn der Verkäufer Verwendungen nach Kaufabschluß, aber vor Gefahrübergang oder nach Kaufabschluß, Gefahrübergang und Uebergabe gemacht hat, und führt dazu (683), daß der Verkäufer nur die nützlichen Verwendungen ersetzt verlangen kann. Weiter geht die Ersatzpflicht, wenn die Verwendungen nach Kaufabschluß und *vor* Uebergabe der Waare, aber, nachdem die Gefahr kraft Gesetzes (446, Abs. 2. 447) oder kraft Vereinbarung auf den Käufer übergegangen ist, gemacht waren. Hat der Verkäufer in diesem Falle Verwendungen gemacht, die *nach dem Uebergange der Gefahr objektiv nothwendig*[2] wurden, so gilt er als mit der Verwaltung der Sache vom Käufer beauftragt und kann nach den Regeln des *Auftrages* Ersatz dieser nothwendigen Verwendungen verlangen. Da an sich der Verkäufer kontraktlich verpflichtet ist, *vor*

[1] Planck, S. 228. Endemann I S. 707 f. Oertmann, S. 156 f. Neumann zu 433 u. AA. Dagegen leugnet die klagbare Abnahmepflicht Kohler, Arch. f. bürg. R. Bd. 13 (1897) S. 241.

[2] Nach Planck, S. 240 Z. 1 d soll es gemäß 670 genügen, wenn der Verkäufer die Verwendung den Umständen nach für erforderlich halten durfte (subjektiv nothwendige Verwendung), allein die Ausdrucksweise und der Charakter der Vorschrift als einer Ausnahmebestimmung spricht gegen diese Auslegung. Vgl. Oertmann S. 174.

Digitized by Google

wie nach Gefahrübergang für die Sache zu sorgen, also die nothwendigen Verwendungen zu machen, so war diese Ausnahme-Bestimmung erforderlich, wenn man nicht bei den Grundsätzen über die Geschäftsführung ohne Auftrag auch für diesen Fall stehenbleiben wollte, die dem Verkäufer nur einen Anspruch auf Ersatz nützlicher Verwendungen geben würden (450).

IV. Der Käufer eines Grundstückes oder eines Rechtes an einem Grundstücke hat die Kosten des dinglichen und obligatorischen Vertrages zu tragen, also die Auflassungs- und Eintragungskosten und die Kosten der Beurkundung des Kaufes (313. 449). Der Vertrag kann das ändern. Entstehen durch die Abnahme selbst besondere Kosten, so trägt auch diese der Käufer.

V. Die Rechte des Verkäufers.

A. Der Verkäufer hat außer dem Anspruch auf Erfüllung (Klage auf Zahlung des Preises und auf Abnahme) im Falle der Nichterfüllung (Verzug des Käufers) alle Rechte, die bei gegenseitigen Verträgen dem einen Theile wegen Nichterfüllung der dem andern Theile obliegenden Verpflichtungen zustehen (Bd. I, § 86).

B. Hat der Verkäufer erfüllt und den Kaufpreis gestundet, so könnte nach 326, wenn der Käufer in Verzug geräth, oder nach 325, Abs. 2, wenn er nach rechtskräftiger Verurtheilung nicht zahlt, der Verkäufer vom Vertrage zurücktreten; 454 schließt dieses Rücktrittsrecht aus, weil der Verkäufer mit der Stundung dem Käufer die Disposition über die Waare schlechthin eingeräumt hat, das gewöhnliche Verhältniß von Leistung und Gegenleistung, auf dem das Rücktrittsrecht beruht, gelockert erscheint. Der Verkäufer hat daher nur die Wahl, ob er nachträgliche Erfüllung nebst Schadensersatz wegen Verspätung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung unter Ablehnung späterer Leistung fordern will[1].

C. Ist vom Verkäufer bei Uebergabe einer beweglichen Sache das Eigenthum vorbehalten worden bis zur Zahlung des Kaufpreises, so greift die Auslegungsregel Platz, daß der Verkäufer zum Rücktritte berechtigt sein soll, wenn der Käufer mit der Zahlung des Preises in Verzug geräth (455). Der obligatorische Vertrag wird also nicht zu einem bedingten.

---

[1] Zweifelhaft und streitig ist, ob 454 nur für den Fall der Stundung des ganzen Preises gilt oder auch für den der theilweisen Stundung, so daß sich ein theilweises Rücktrittsrecht ergeben würde. Vgl. Oertmann S. 176. Planck, S. 243.

Digitized by Google

§ 109.

Der Gefahrübergang[1].

Für den Gefahrübergang galten in Deutschland seit der Rezeption das römische Prinzip und das des deutschen Rechtes. Nach dem ersteren geht die Gefahr grundsätzlich mit dem Vertragsschluß auf den Käufer über, nur einzelne Fälle waren ausgenommen. Dieses Prinzip galt auch auf Grund partikulären Rechtes im Gebiet des codex Maximilianeus, in Württemberg, im Königreich Sachsen und nach dem code civil, der aber auch das Eigenthum schon mit dem Vertrage übergehen läßt. — Nach dem deutschen Prinzip (ALR. u. ÖBGB.) geht die Gefahr auf den Käufer über, sobald der Verkäufer erfüllt hat. Diesem hat sich i. A. das Gesetz angeschlossen[2]. Es regelt den Gefahrübergang, soweit nicht Annahmeverzug des Käufers vorliegt, in folgender Weise:

I. Beim Verkaufe beweglicher Sachen (species, genus) geht die Gefahr des zufälligen Unterganges und einer zufälligen Verschlechterung mit der Uebergabe auf den Käufer über. Der Uebergabe gemäß 929 steht auch hier die Ersatzübergabe (930. 931) gleich[3].

---

[1] Materialien: M. II. S. 322 ff. 334. 359 f. P. II. S. 58 ff. 64 f. 67. 122. D. S. 60 f.

Litteratur: 1888: Bähr, Zur Beurtheilung, S. 70. Hartmann, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 73, S. 385 ff. Poland, Bemerkungen, S. 10. Ehrenberg, Jahrb. f. Dogm., Bd. 27, S. 280. A. 38. 1889: Bernhöft, Beitr., H. 12, S. 44 ff., 50 ff. Gierke, Der Entwurf, S. 236 ff. Laband, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 74, S. 301. 313 ff. Bähr, Arch. f. bürg. Recht, Bd. 2, S. 140. Verhandlungen des Pr. Landes-Ök.-Koll., S. 139. 141. 265. 543 ff. 1890: Hachenburg, GA., S. 122 ff. 1891: Jacoby, Annalen des deutschen Reichs, S. 83 f. 1892: Reinhold, Gruch. Beitr., Bd. 36, S. 300 f. Jakubezky, Bemerk., S. 114. 1894: Unger, Jahrb. für Dogm., Bd. 33, S. 340 ff. 1897: Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse, § 2. Bunsen I. 65. 1898: Stobbe-Lehmann III, § 231. Voß, Ueber den Satz: periculum est emtoris. Giese, Die Ansprüche des Verkäufers aus dem Versicherungs- und Kaufvertrage nach dem Uebergange der Gefahr. Weyl I, § 95. Leske, § 59. 1899: Kuhlenbeck, Von den Pandekten ꝛc. II, S. 84 ff. Krückmann, § 15. v. Buchka, § 15. Cosack I, § 122. Endemann I, § 157. Tränkner, Sächs. Arch., Bd. 9, S. 81 ff. Hellmann, Krit. VJSchr., Bd. 41, S. 218 f. Martinius, Arch. f. bürg. Recht, Bd. 17, S. 50 ff. Emerich, Kauf- und Werklieferungsvertrag, § 11.

[2] Beim Erbschaftskaufe (2380) ist allerdings das römische Prinzip anerkannt.

[3] Oertmann, S. 167 f. Cosack I, S. 400, Z. 6. Martinius, a. a. O. (1899), S. 54 ff. A. M.

Digitized by Google

Ist der Kauf unter aufschiebender Bedingung geschlossen und die Waare vor Erfüllung, wie es die Regel ist, noch nicht übergeben, so geht die Gefahr auch nicht über; aber auch wenn die Uebergabe stattgefunden hat, trägt der Verkäufer bis zur Erfüllung der Bedingung die Gefahr, wenn nicht der aufschiebenden Bedingung kraft Parteibestimmung rückwirkende Kraft beigelegt[1] ist. Bei der auflösenden Bedingung geht dagegen die Gefahr mit der Uebergabe über, der Käufer ist also zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet, wenn während der Schwebe der Bedingung die Sache zufällig untergeht. Nach Untergang der Sache kann Erfüllung der Bedingung nicht mehr eintreten, da ein wesentliches Element des Kaufes fehlt (446)[2].

II. Beim Verkaufe eines Grundstückes geht die Gefahr auf den Käufer ebenfalls mit der Uebergabe über. Wird aber der Käufer vor der Uebergabe in das Grundbuch als Eigenthümer eingetragen, so geht die Gefahr schon mit der Eintragung über, obwohl in diesem Falle der Verkäufer noch nicht erfüllt hat. Die Abweichung beruht auf einer Berücksichtigung der regelmäßigen Parteiabsicht und der Erwägung, daß der Käufer die Eintragung ablehnen konnte, wenn ihm nicht zugleich durch Uebergabe auch die Möglichkeit der Ueberwachung gewährt wird. Auch wenn vor der Eintragung Uebergabe stattfindet, hat der Verkäufer noch nicht erfüllt. Die Gefahr geht jedoch über, weil der Verkäufer nicht mehr in der Lage ist, die Ueberwachung auszuüben (446)[3].

III. Versendet der Verkäufer auf Verlangen des Käufers die verkaufte Sache (species, genus) an einen andern als den Erfüllungsort, so geht die Gefahr auf den Käufer über, sobald der Verkäufer die Sache der Transportperson oder -Anstalt, dem Spediteur, Frachtführer oder sonst einer zur Ausführung bestimmten Person ausgeliefert hat (447). In diesem Zeitpunkte ist

---

Planck, S. 237. Emerich, Kauf- u. Werklieferungsvertrag (1899), S. 35. 44, Note 1.

[1] Cosack I, S. 401 f. Planck S. 237. A. M. Oertmann, S. 169.

[2] Oertmann, S. 169. A. M. Planck, S. 237.

[3] Bei dieser Regelung kann es vorkommen, daß bei mehrfachem Verkaufe eines Grundstückes sowohl der erste Erwerber, dem das Grundstück übergeben war, als auch der zweite Erwerber, dem es aufgelassen ist, die Gefahr tragen. Beide Erwerber haften auf den Kaufpreis, jedoch ist der erste Erwerber nach 440, Abs. 1 und 325, Abs. 1 gegenüber dem Verkäufer geschützt. Vgl. Schollmeyer (1897), S. 8 f. Planck, S. 237. Oertmann, S. 170. Endemann I, § 157 Cosack I, S. 416 f. Martinius, a. a. O., (1899). S. 69 ff.

Digitized by Google

die Versendung bewirkt. Der Käufer trägt also die Transportgefahr. Jedoch ist zu unterscheiden:

A. Versendet der Verkäufer seiner Vertragspflicht gemäß an den durch Gesetz oder Vereinbarung bestimmten Erfüllungsort, so trägt der Verkäufer bis zur Uebergabe an den Käufer am Erfüllungsorte nach 446 die Gefahr. Er trägt also auch die Transportgefahr.

B. Uebernimmt aber der Verkäufer die Versendung an einen andern als den Erfüllungsort, so übernimmt er damit eine weitere Verbindlichkeit außer der ihm aus dem Kaufvertrage erwachsenden Pflicht zur Uebergabe. Letztere ist durch Absendung noch nicht erfüllt, auch nicht ersetzt oder aufgehoben. Soll hier die Gefahr schon mit der Absendung übergehen, so mußte das eben, wie im Gesetze geschehen, besonders bestimmt werden. Die Art der Versendung hat der Verkäufer zu bestimmen. Er haftet in dieser Hinsicht für jede Schuld. Hat der Käufer Anweisung über die Art der Versendung ertheilt und weicht der Verkäufer ohne dringenden Grund von dieser ab, so haftet er für den daraus entstehenden Schaden (vgl. 665). Die Gefahr geht aber trotzdem auf den Käufer über.

C. Die Frage, ob mit der Absendung auch die Uebergabe an den Käufer vollzogen ist, ist hier nicht beantwortet und ihre Entscheidung nicht erforderlich. Der Gefahrübergang knüpft sich schlechthin an die Absendung.

D. Geregelt ist nur die Gefahr der Sache. Die sonstigen Ansprüche der Parteien gegen einander sind nicht berührt, also nicht z. B. der Anspruch des Käufers wegen Mängel der Sache. Getroffen ist auch nicht die Frage, wann die Nutzungen und Lasten übergehen. Hier bleibt es bei der Regel in 446.

IV. Die Grundsätze über den Gefahrübergang greifen auch Platz, wenn ein Recht an einer Sache verkauft ist, das zum Besitze der Sache berechtigt (451).

V. Abänderungen der zuvor entwickelten Grundsätze treten ein durch Vertrag der Parteien oder kraft Gesetzes durch Annahmeverzug des Käufers (300. 324, Abs. 2).

§ 110.

Arten der Kaufverträge [1].

I. Das Gesetz regelt nur den Konsensualkauf, d. h. den auf Umsatz von Waare gegen Preis gerichteten Schuldvertrag, der demnach

[1] Materialien: M. II. S. 332 ff. | 77 ff.; VI, S. 172 ff.
337 ff. P. I. S. 793; II. S. 54 ff. | Litteratur: 1898: Bähr, Zur

Digitized by Google

eine gegenseitige Verpflichtung der Parteien erzeugt, keine Rechtsänderung bez. des Gegenstandes des Kaufes hervorruft. Letztere wird erst durch die Erfüllung hervorgerufen, die zeitlich mit dem Abschluß des Schuldvertrages zusammenfallen kann. Ist daneben noch der Handkauf (Realkauf, Naturalkauf) zu unterscheiden? Die Intention der Parteien geht auf sofortigen Umsatz von Preis und Waare, nicht auf hierauf bezügliche Verpflichtung und zwar auch dann, wenn eine Einigung der Parteien über die auszutauschenden Objekte voraufgehen sollte. Das Geschäft ist ein vom Konsensualkaufvertrage verschiedenes Geschäft. Das äußert sich nicht in der Gewährleistungspflicht des Handverkäufers, wohl aber bez. der Preiszahlung und der Beweislast. Klagt der Verkäufer auf Zahlung des Kaufpreises auf Grund des Konsensualkaufes, so hat der Käufer, wenn er den Abschluß eines solchen zugesteht, die Zahlung des Preises zu beweisen. Behauptet aber der Käufer einen Handkauf, so gesteht er zwar die Entnahme der Waare zu, leugnet aber den Klaggrund. Der Kläger hat den Abschluß des Kreditkaufes und erst dann der Beklagte die Zahlung des Kaufpreises zu beweisen[1].

II. Der Kaufvertrag ist

1. Baarkauf, Kreditkauf, Pränumerationskauf, je nachdem Waare und Preis Zug um Zug, die Waare vor dem Preis

---

Beurtheilung, S. 66 ff. Unger, Zeitschrift f. Privat- u. öff. R., Bd. 15, S. 688. 1889: Kohler, Archiv für bürg. Recht, Bd. 2, S. 212. Laband, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 74, S. 319 ff. Bernhöft, Beitr., H. 12, S. 56 ff. Gierke, Der Entwurf, S. 237 f. Seuffert. Beitr., H. 11, S. 74. Fuchs, Das Wesen der Dinglichkeit, S. 128 ff. Kindel, Das Recht an der Sache, S. 351 ff. Bekker, System II, S. 99 ff. 128 ff. Jur. Tag 20, Bd. 4, S. 140. 144 ff. 146. 1890: Bähr, Krit. VJSchr., Bd. 32, S. 195. 1891: Jacoby, Annalen des deutsch. Reichs, S. 84 f. 1892: Bähr, Gegenentwurf, S. 94. Jakubezky, Bemerkungen, S. 115 ff. Grützmann, Sächs. Arch., Bd. 2 S. 775 ff. 1893: Jäger, Das Vorkaufsrecht. 1896: Oertmann, Arch f. d. civ. Pr., Bd. 85, S. 202 ff. 1897: Schollmeyer. Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse, § 2. Bunsen I, § 68. 1898: Weyl I, §§ 98—101. Leske, §§ 62—64. Leonhard, F., Jahrb. f. Dogm., Bd. 39, S. 174 ff. 1899: Kuhlenbeck, Von den Pandekten ꝛc. II, § 40. Krückmann, § 16. v. Buchka, § 15. Endemann I, §§ 162. 163. Cosack I, § 132. Tränkner, Sächs. Arch., Bd. 9, S. 94 f.

[1] Gegen die Unterscheidung Planck, S. 226. Neumond, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 89 (1899), S. 122. 166 ff. Collatz, Ungerechtfertigte Vermögensverschiebung (1899), S. 20 ff. Oertmann, S. 153 f. Weniger entschieden: Endemann I, § 165.

Digitized by Google

oder auch der Preis vor der Waare, wie z. B. bei dem Abzahlungsgeschäft[1], zu leisten ist.

2. Zeitkauf, wenn die Waare an einem Termine oder innerhalb einer Frist zu liefern ist.

3. Distancekauf, wenn der Verkäufer die Pflicht hat, die Waare auf Gefahr und Kosten des Käufers an einen andern Ort als den Erfüllungsort zu senden. Dieser andere Ort ist der Bestimmungsort.

III. Kauf zur Probe. Der Käufer stellt weitere Bestellung in Aussicht, was ohne rechtliche Bedeutung ist (Kundgebung eines Motives). Es liegt unbedingter Kauf vor.

IV. Kauf nach Probe oder Muster ist ein unbedingter Kauf, bei dem die Eigenschaften der Probe oder des Musters als zugesichert anzusehen sind; ein Kauf nach Probe liegt demnach nicht vor, wenn die Parteien das Kaufgeschäft selbst unter der Bedingung der Probemäßigkeit der Waare geschlossen haben. Wegen nicht probemäßiger Lieferung hat der Käufer die Rechtsansprüche der Wandelung, Minderung, des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung und (bei Gattungssachen) der Nachlieferung einer mangelfreien Sache (459. 462. 463. 480).

Wer daraus Rechte herleiten will, daß nach Probe verkauft ist, hat dieses zu beweisen (494).

V. Der Kauf auf Probe oder Besicht (495. 496)[2] ist unter der Bedingung der subjektiven Billigung der Waare durch den Käufer geschlossen, nicht unter der Bedingung des objektiven Gefallens. Die Billigung steht im freien Belieben des Käufers. Wann diese rechtsgeschäftliche Erklärung der Billigung vorliegt, ist Auslegungsfrage. Die Bedingung ist im Zweifel eine aufschiebende.

A. Man hat gesagt (M. II. S. 333 f.), nicht der gegenseitige Vertrag sei bedingt, sondern nur die Verpflichtung des Verkäufers stehe unter der aufschiebenden Bedingung des Wollens des andern Theiles, der Käufer sei noch nicht gebunden. Bis zur Entscheidung der Bedingung wäre der Verkäufer allein, mit der Erfüllung der Bedingung auch der Käufer an den Vertrag gebunden.

---

[1] In bestimmter Richtung geregelt durch Reichsgesetz vom 16. Mai 1894. Litteratur s. Bd. I, § 104, Note 1, Ferner Jastrow, Jur. Tag 22, Bd. 1 (1892), S. 265 ff. Jur. Tag 22, Bd. 4 (1893), S. 124 ff. Cohen, Zeitschr. f. d. Priv.- u. öffent. Recht, Bd. 21 (1894), S. 689 ff.

[2] Leonhard, Fr., Jahrb. f. Dogm., Bd. 39 (1898), S. 180 ff. Hölder, Komment, S. 345.

Digitized by Google

Mit dem Ausfall der Bedingung würde auch die Gebundenheit des Verkäufers aufhören. Diese künstliche Konstruktion ist möglich, entspricht aber regelmäßig wohl nicht der Parteiabsicht. Dieser gemäß muß man annehmen, daß das Kaufgeschäft ein bedingtes ist. Der Käufer steht daher für Verschulden bez. der Waare ein, die ihm zur Probe übergeben ist.

B. Durch die Uebergabe zum Zwecke der Prüfung geht die Gefahr nicht über.

C. Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer die Untersuchung der Sache zu gestatten, damit der Verkäufer nicht die Genehmigung des Käufers vereiteln kann und so die Erfüllung der Bedingung. Der Verkäufer kann allerdings seine Gebundenheit durch die Verweigerung der Prüfung nicht beseitigen, auch kann die Genehmigung nicht als ertheilt betrachtet werden, aber ohne Prüfung würde der Kauf für den Käufer werthlos werden. Der Käufer kann vor Vollendung des Vertrages nicht auf Erfüllung und Erfüllungsinteresse klagen. Daher der Anspruch und die Klage auf Einräumung der Prüfung.

D. Mit der Billigung kommt der Vertrag als unbedingter zur Vollendung. Es treten nun die allgemeinen Vorschriften über Gewährleistung wegen Rechtsmangels und wegen Mängel der Sache in Anwendung. Ob durch die Billigung eine Annahme im Sinne der Vorschrift in 464 gegeben ist, ist Thatfrage.

E. Ist die Billigung keine rechtzeitige, so ist die Bedingung des Kaufes ausgefallen. Ist eine Billigungsfrist vereinbart, so ist diese maßgebend. Ist keine Frist vereinbart, so kann der Verkäufer dem Käufer eine angemessene Frist bestimmen. War aber die Waare dem Käufer zur Prüfung übergeben, so bedeutet das Schweigen des Käufers innerhalb der Frist Billigung.

F. Da die freie Billigung nur im Zweifel aufschiebende Bedingung ist, können die Parteien auch Anderes festsetzen. Möglich ist besonders, daß die Billigung auflösende Bedingung sein solle, oder daß der Käufer vom Vertrage solle zurücktreten dürfen. Auch um sachverständige Prüfung kann es sich handeln sollen, so daß dann richterliche Prüfung eintreten könnte.

VI. Kauf mit Vorbehalt des Wiederkaufsrechtes, Rückkauf (497—503)[1].

[1] Vgl. RGew.O., §§ 34, Abs. 2, 38. — Auch der Vorbehalt des Wiederverkaufsrechtes ist denkbar, aber selten. Häufig wird auch darunter im Sinne der Parteien ein Vorbehalt des Rücktrittes für den

Digitized by Google

A. Das Wiederkaufsrecht wird ausgeübt durch die vom Verkäufer gegenüber dem Käufer abgegebene Erklärnng, daß er es ausübe. Durch diese Erklärung kommt auch der Wiederkauf selbst zu Stande. Die juristische Konstruktion macht gegenüber der Regelung im Gesetz einige Schwierigkeit. Nimmt man einen Vorvertrag auf Rückkauf an, so besteht das Bedenken, daß ein neues Rückkaufsgeschäft nicht geschlossen wird. Es genügt die einseitige Erklärung des Wiederverkäufers, um das neue Rechtsverhältniß unter den Parteien zu begründen. Daß der Vorvertrag sich durch die Erklärung des Berechtigten unmittelbar in einen Hauptvertrag umsetzt, ist an sich dem Vorvertrage widersprechend. Erklärt man das letztere aus positiver Bestimmung[1], so ist das ein Verzicht auf die rechtliche Konstruktion. Auch mit der Annahme einer Kaufofferte[2] des ersten Verkäufers (503) und eines Rücktrittsrechtes[3] harmoniren die Vorschriften des Gesetzes nicht (vgl. 501 mit 346). Der Vorbehalt enthält vielmehr einen unter der aufschiebenden Bedingung, daß der Verkäufer es verlange, geschlossenen Wiederkauf[4], allerdings mit einer wesentlichen aber innerlich motivirten Abänderung im Punkte der Gefahr (498, vgl. B.)[5].

1. Der Vorbehalt wirkt nur unter den Kaufparteien, gegen dritte Erwerber selbst dann nicht, wenn sie den Vorbehalt kannten[6]. Das Wiederkaufsrecht ist aktiv und passiv vererblich und kann vom Berechtigten übertragen werden, wenn nicht die besonderen Momente des Falles die Abtretung ausschließen. Wenn das Wiederkaufsrecht Mehreren gemeinschaftlich zusteht, so kann es nur im Ganzen ausgeübt werden. Erlischt es für einen Berechtigten oder übt einer der Berechtigten es nicht aus, so können die übrigen es im Ganzen

---

Käufer zu verstehen sein. Der Kauf unter Vorbehalt des Wiederkaufrechtes kann zum Zwecke der Sicherung des Käufers und Rückkäufers geschlossen sein. Es ist dann in Frage, ob der Kaufvertrag nicht simulirt und nur Pfandbestellung intendirt ist, ferner ob nicht gegen die Wuchergesetze verstoßen ist.

[1] So Schütze, Ueber die Bedeutung, Wirksamkeit und das gegenseitige Verhältniß des pactum de retrovendendo etc. (Differt. 1899), S. 93 f.

[2] Planck, S. 271.

[3] Kuhlenbeck, a. a. O., S. 268 ff., nimmt modifizirtes Rücktrittsrecht an. Für das Rücktrittsrecht auch ÖBGB.

[4] So auch Oertmann, S. 217. Vgl. Stammler, a. a. O., S. 13.

[5] Schollmeyer, a. a. O., S. 22 ff., nimmt deshalb ein „Einlösungsrecht" des Wiederkäufers an. So auch Endemann I, S. 729, für den Fall, daß ein fester Preis vereinbart ist.

[6] Daraus folgt auch, daß das Wiederkaufsrecht nicht ausgeübt werden kann, wenn der Gegenstand des Kaufes dem Zwangsverkaufe unterliegt.

Digitized by Google

ausüben (502). Antheilmäßige Ausübung würde dem Käufer eine Rechtsgemeinschaft aufzwingen. Das ist gegen den Sinn des Geschäftes.

2. Die Erklärung des Wiederkäufers bedarf nicht der für den Kaufvertrag bestimmten Form, z. B. nicht der in 313 vorgeschriebenen.

3. Das Wiederkaufsrecht kann in dem Vorbehalte an eine Frist gebunden sein; ist das nicht der Fall, so tritt bei Grundstücken eine gesetzliche Ausschlußfrist von 30, bei anderen Gegenständen von drei Jahren, von der Vereinbarung des Vorbehaltes an laufend, ein. Nach Ablauf der vereinbarten oder gesetzlichen Frist kann das Wiederkaufsrecht nicht mehr ausgeübt werden.

4. Der Abschluß des Wiederkaufes verlangt die Vereinbarung über den Preis. Im Zweifel ist der Preis, um den verkauft ist, der für den Wiederkauf vereinbarte. Möglich ist aber auch andere Preisfestsetzung (z. B. 501).

5. Die Verpflichtung des Wiederverkäufers kann durch Vormerkung gesichert werden (883)[1].

B. Die Verpflichtungen des Wiederkäufers vor Ausübung des Wiederkaufsrechtes.

Der Wiederkäufer sieht in dem Vorbehalt auf den thatsächlichen und rechtlichen Zustand der Sache zur Zeit des Vorbehaltes. Daher hat der Wiederverkäufer diese mit Sorgfalt zu behandeln. Er macht sich durch schuldhafte Verschlechterung, Untergang, sonstige Veranlassung der Unmöglichkeit der Herausgabe und durch wesentliche Veränderung des Gegenstandes für den daraus entstehenden Schaden verantwortlich. Unverschuldete Verschlechterung oder Verminderung berechtigen aber den Wiederkäufer nicht zur Minderung des Wiederkaufspreises (498). Ist als Wiederkaufspreis der Schätzungswert vereinbart, den der Gegenstand zur Zeit des Wiederkaufes hat, so ist der Wiederkäufer für Verschlechterung, Untergang, wesentliche Aenderung oder sonstige Unmöglichkeit der Herausgabe nicht verantwortlich (501), wohl aber nach 499 für die rechtlichen Verfügungen zur Belastung des Gegenstandes. Belastet der Wiederverkäufer die Sache mit Rechten Dritter, so ist er zur Beseitigung dieser Rechte, eventuell zum Schadensersatze verpflichtet. Das gilt auch für Verfügungen im Wege der Zwangsvollstreckung, der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter (499).

C. Das Rechtsverhältniß nach Ausübung des Wiederkaufsrechtes.

[1] Kohler, A., Arch. f. bürg. Recht, Bd. 15 (1899), S. 102.

Digitized by Google

Mit dem Abschlusse des Wiederkaufes treten die Verpflichtungen des Wiederkäufers und Wiederverkäufers als gegenseitige, also Zug um Zug zu erfüllende ein.

1. Der Wiederverkäufer ist verpflichtet, den gekauften Gegenstand nebst Zubehör herauszugeben[1], eventuell hat er Ersatz zu leisten (498).

2. Der Wiederkäufer hat den Wiederkaufspreis[2] zu zahlen. Er hat auch Gegenstände zurückzugeben, die er neben dem Kaufpreise erhalten hatte. Kann er solche Nebenleistungen nicht oder nicht ganz herausgeben, so hat er, soweit ihn eine Schuld trifft, Ersatz zu leisten. Das folgt aus seiner Stellung als bedingter Schuldner und aus der Analogie von 498, Abs. 2 (Z. 1)[3].

Verwendungen aus der Zeit vor dem Wiederkauf hat er zu ersetzen, soweit der Wiederverkäufer oder seine Erben durch solche den Werth des Gegenstandes erhöht haben. Wegen nothwendiger Verwendungen besteht kein Ersatzanspruch, weil solche vom Wiederverkäufer, der ja auch die Gefahr trägt, im eigenen Interesse gemacht worden sind. Einrichtungen an der verkauften Sache kann er wegnehmen (258).

Der Wiederkäufer hat die Pflicht, den Gegenstand abzunehmen. Der Wiederverkäufer kann daher klagen auf Abnahme gegen Ersatz der Verwendungen; wird er selbst auf Herausgabe verklagt, so hat er das Zurückbehaltungsrecht (273. 274. 320).

3. Im Uebrigen gelten die allgemeinen Grundsätze über das Verhältniß nach Abschluß des Kaufes. So auch bez. des Unterganges, der Verschlechterung oder der Verminderung nach endgiltigem Abschluß des Wiederkaufes.

D. Wo im Gebiete der Vorbehalte für das Landesrecht gesetzliche Wiederkaufsrechte bestehen, kann auch eine selbständige landesrechtliche Regelung bestehen[4].

VII. Das Vorkaufsrecht (504—514).

A. Das Vorkaufsrecht gewährt das persönliche Recht gegen den Verpflichteten, mit diesem den Kauf zum Abschlusse zu bringen, sobald der Verpflichtete einen Kaufvertrag über den Gegenstand mit einem Dritten geschlossen hat[5].

---

[1] Die Nutzungen gebühren dem Wiederverkäufer auf Grund des ersten Kaufes.

[2] Zinsen für die Zwischenzeit sind (452) nicht zu zahlen.

[3] Oertmann, S. 219. Vgl. Planck, S. 272.

[4] Vgl. aber Sachs.-Weim. AG. z. BGB., § 33.

[5] Das dingliche Vorkaufsrecht an Grundstücken ist in 1094 ff. geregelt.

Digitized by Google

1. Das Vorkaufsrecht entsteht sowohl durch Rechtsgeschäft unter Lebenden wie durch Verfügung von Todeswegen. Es kann auch dem Verkäufer vom Käufer beim Verkaufe vorbehalten werden. Ein gesetzliches Vorkaufsrecht kennt das Gesetz nur in 2034 (Vorkaufsrecht der Miterben).

2. Das Vorkaufsrecht kann bei allen Kaufgegenständen begründet sein.

3. Das Vorkaufsrecht kann ausgeübt werden, sobald der Verpflichtete mit dem Dritten einen Kaufvertrag über den Gegenstand geschlossen hat.

a. Es muß ein Kaufvertrag, nicht Tausch oder Schenkung, geschlossen sein. Durch Abschluß solcher Veräußerungsgeschäfte wird das Vorkaufsrecht vereitelt, ein Schadensersatzanspruch des Vorkaufsberechtigten gegen den Verpflichteten besteht nicht und gegen die dritten Erwerber kann das schuldrechtliche Vorkaufsrecht nicht geltend gemacht werden. Im Zweifel erstreckt sich andererseits das Vorkaufsrecht nicht auf einen Verkauf, der mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht an einen gesetzlichen Erben erfolgt (511)[1]. Ausgeschlossen ist das Vorkaufsrecht bei Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung oder durch den Konkursverwalter. Gegenüber den die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubigern kann von einer Geltendmachung der Vorkaufsrechtes ohnehin nicht die Rede sein. Es ist daher in 512 nur ausgesprochen, daß der Pflichtige in solchen Fällen nicht Schadensersatz zu leisten hat[2].

b. Der Abschluß des Kaufes ist verlangt. Der Vorkaufsberechtigte ist nicht gehalten, sein Vorkaufsrecht geltend zu machen, solange der Dritte nur bereit ist, den Kauf abzuschließen, sondern erst, wenn der Dritte gebunden ist und der Eigenthumsübergang ꝛc. auf den Dritten bevorsteht. Abschluß ist auch Abschluß unter Bedingung oder unter Einräumung des Rücktrittsrechtes. Der Vorkaufsberechtigte kann den Kauf, so wie er mit dem Dritten geschlossen ist, abschließen. Ist aber die Bedingung gerade die, daß der Vorkaufsberechtigte von seinem Vorkaufsrecht keinen Gebrauch gemacht, oder ist der Rücktritt dem Dritten für den Fall vorbehalten, daß der Vorkaufsberechtigte sein Recht ausübt, so gilt der Kauf dem Vorkaufsberechtigten gegenüber als unbedingter und ohne Rücktritts-

[1] Sog. Kindskauf. Vgl. M. II. S. 349. Stobbe, D. Pr. R. II, § 89, Nr. 4.

[2] Das Vorkaufsrecht findet Anwendung im Falle 758.

Digitized by Google

recht geschlossen. Einer Vereitelung des Vorkaufsrechtes ist auf diese Weise vorgebeugt und der als Voraussetzung des Vorkaufsrechtes geforderte Kaufabschluß liegt vor (506).

c. Das Vorkaufsrecht kann auch ausgeübt werden, wenn ein Theil des Gegenstandes (z. B. eine Parzelle eines Grundstückes) verkauft ist. Das Vorkaufsrecht kann niemals auf andere Gegenstände, die nicht Gegenstand des Vorkaufsrechtes sind, erstreckt werden (vgl. aber 508).

4. Die Ausübung des Vorkaufsrechtes erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Verpflichteten (130 ff.). Die Erklärung bedarf nicht der für den Kaufvertrag bestimmten Form, wohl aber bedarf der Vertrag, durch den das Vorkaufsrecht an einem Grundstück eingeräumt wird, nach 313 der Form (505).

5. Steht das Vorkaufsrecht Mehreren gemeinschaftlich zu, so kann es nur im Ganzen ausgeübt werden. Erlischt das Recht für einen der Berechtigten oder übt einer sein Recht nicht aus, so tritt Accrescenz ein, d. h. die übrigen Berechtigten können das Recht im Ganzen ausüben (513, vgl. 502).

6. Das Vorkaufsrecht ist nicht übertragbar und nicht aktiv vererblich. Uebertragbarkeit und aktive Vererblichkeit können aber vereinbart sein. Das Letztere (die aktive Vererblichkeit) ist anzunehmen, wenn das Recht auf bestimmte Zeit beschränkt ist (514). Ein auf unbestimmte Zeit begründetes Vorkaufsrecht kann daher für vererblich, ein auf bestimmte Zeit begründetes durch Vereinbarung für unvererblich erklärt werden. Gesetzliche Vererblichkeit tritt in 2034, Abs. 2 ein. Die passive Vererblichkeit ist nicht ausgeschlossen. Auch ist es selbstverständlich, daß das in Folge der Ausübung des Vorkaufsrechtes erwachsende Recht aus dem Kaufe übertragbar und vererblich ist.

7. Haben die Parteien für die Ausübung des Vorkaufsrechtes keine Frist bestimmt, so tritt eine gesetzliche Präklusivfrist ein, bei Grundstücken von zwei Monaten, bei andern Gegenständen von einer Woche von dem Empfange der Verkaufsanzeige (Z. 2) an[1]. Das Vorkaufsrecht erlischt, wenn es innerhalb der vereinbarten oder gesetzlichen Frist nicht ausgeübt wird. Erfolgt die Anzeige nicht, so greifen die gewöhnlichen Verjährungsgrundsätze Platz (510, Abs. 2).

Ist das Vorkaufsrecht selbst von den Parteien befristet, so er-

[1] Vgl. 2034, Abs. 2.

Digitized by Google

lischt es ohne Rücksicht auf den Abschluß eines Kaufes nach Ablauf der Frist.

8. Selbstverständlich kann der Vorkaufsberechtigte, wenn die Voraussetzung der Ausübung des Vorkaufsrechtes gekommen ist, auf sein Vorkaufsrecht verzichten. Ueber das Erlöschen des Vorkaufsrechtes nach 507 vgl. C. Z. 2. b.

9. Mit der Ausübung des Vorkaufsrechtes ist der Kauf zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Verpflichteten zu Stande gekommen und zwar mit dem Inhalte, wie er zwischen dem Verpflichteten und dem Dritten vereinbart ist (505). Der Vorkaufsberechtigte schließt so einen neuen Vertrag, er tritt nicht in den Vertrag des Dritten mit dem Verpflichteten ein. Die juristische Konstruktion ist in diesem Falle die gleiche wie beim Wiederkaufsrecht (VI. A.): mit dem ersten Vertrage verbindet sich der Vorkaufsvertrag als ein durch den Abschluß eines neuen Kaufvertrages und die Erklärung des Vorkaufsberechtigten bedingter[1].

B. Die Anzeigepflicht des Verpflichteten ist eine Folge seiner Vertragspflicht. Der Verpflichtete hat dem Vorkaufsberechtigten unverzüglich den Abschluß des mit dem Dritten geschlossenen Vertrages mitzutheilen. Schuldhafte Verzögerung oder Unterlassung der Anzeige verpflichtet ihn zum Schadensersatz. Die Art der Mittheilung ist gleichgültig. Die Anzeige muß aber den Namen des Käufers und den Inhalt des Kaufes enthalten. Sie wird durch die Mittheilung des Dritten ersetzt. Voraussetzung der Ausübung des Vorkaufsrechtes ist die Anzeige nicht.

C. Die Verpflichtungen der Parteien aus dem Kaufe. Hier gelten die allgemeinen Grundsätze in Betreff der Erfüllung, der Folgen der Nichterfüllung, des Verzugs ꝛc.

1. Der Verpflichtete hat die Verbindlichkeiten des Verkäufers zu erfüllen, d. h. die Sache zu übergeben und zu übereignen, auch wenn er an den Dritten ohne Rücksicht auf das Vorkaufsrecht verkauft und auch wenn er die Sache dem Dritten schon übergeben hat. Gegen den Dritten hat der Berechtigte als solcher niemals einen Anspruch auf Herausgabe oder Schadensersatz.

2. Der Vorkaufsberechtigte ist, soweit nicht zwischen ihm und dem Verpflichteten Anderes vereinbart ist, verpflichtet alle Leistungen zu erbringen, die der Verpflichtete mit dem Dritten zulässigerweise vereinbart hat (505, Abs. 2).

---

[1] So Oertmann, S. 223 f. Andere Ansichten s. bei Jäger, a. a. O., S. 4 ff. Endemann I, S. 731. Planck, S. 275. Schollmeyer, a. a. O. (1897), S. 25.

Digitized by Google

a. Der Vorkaufsberechtigte hat den Kaufpreis zu bezahlen. An sich könnte der Vorkaufsberechtigte auch eine dem Dritten schlechthin gewährte Stundung in Anspruch nehmen, selbst wenn er keinerlei Sicherheit bietet. Das ist aber nach 509, Abs. 1, ausgeschlossen. Der Vorkaufsberechtigte muß für den gestundeten Betrag nach 232 ff. Sicherheit leisten. Bei Verkauf eines Grundstückes ist die Sicherheitsleistung nachgelassen, wenn für den gestundeten Kaufpreis die Bestellung einer Hypothek an dem Grundstück vereinbart ist[1], oder wenn in Anrechnung auf den Kaufpreis eine Schuld übernommen ist, für die eine Hypothek an dem Grundstück besteht.

b. Der Vorkaufsberechtigte muß auch die neben dem Preise bedungenen Nebenleistungen erbringen. Ist er außer Stande, diese zu bewirken (z. B. Uebernahme der persönlichen Pflege des Verpflichteten), so hat er den Schätzungswerth zu entrichten, also nicht wie der Dritte das Erfüllungsinteresse zu leisten. Ist die Nebenleistung nicht in Geld schätzbar, so ist das Vorkaufsrecht ausgeschlossen, wenn nicht anzunehmen ist, daß der Vertrag mit dem Dritten auch ohne die Nebenleistung geschlossen sein würde, wie z. B. bei Geringfügigkeit der Nebenleistung (507).

c. Ist der Gegenstand des Vorkaufsrechtes mit anderen Gegenständen um einen Gesammtpreis an den Dritten verkauft, so hat der Vorkaufsberechtigte einen verhältnißmäßigen Theil des Gesammtpreises zu zahlen. Der Vorkaufsberechtigte muß aber auf Verlangen des Verpflichteten alle Gegenstände zum Gesammtpreise übernehmen, wenn eine Trennung des Gegenstandes des Vorkaufsrechtes nicht ohne Nachtheil der Verpflichteten geschehen kann. Der Vorkaufsberechtigte hat nicht das entsprechende Recht. Der Verpflichtete hätte sein Interesse zu beweisen (508).

VIII. Der Erbschaftskauf, vgl. Bd. II, § 179[2].

§ 111.
Der Tausch[3].

Der Tauschvertrag schließt die Vereinbarung der Parteien in sich, daß Waare gegen Waare geleistet werden soll, nicht wie beim

[1] Die Mündelsicherheit nach 238 ist nicht verlangt.

[2] Der Kauf mit dem Vorbehalt besseren Gebotes (in diem addictio) ist besonderen Regeln nicht unterstellt. Es greifen also die allgemeinen Auslegungsvorschriften und eventuell die Regeln für die Bedingungen und das Rücktrittsrecht ein.

[3] Materialien: M. II. S. 366 ff. P. I. S. 697. 748; II. S. 130.

Digitized by Google

Kauf: Waare gegen Preis. Ein Tauschgeschäft im eigentlichen Sinne ist nur dann gegeben, wenn die Parteien eben wollen, daß das Objekt der einen Leistung auch wirklich Aequivalent des Objektes der andern sein solle. Fehlt der Wille des Entgeltes, des Umsatzes von Werthen ganz, so ist der zutreffende Gesichtspunkt gegenseitiges Geschenk oder Schenkung unter Auflage. Es ist auch nicht ausgeschlossen, daß die entscheidende geschäftliche Absicht sich mit der Schenkungsabsicht verbindet. Der Gesichtspunkt des Entgeltes tritt allerdings beim Tausch häufig zurück. Das hindert aber nicht die analoge Anwendung des Kaufrechtes, die nach dem BGB. einzutreten hat (515). Die Auffassung des römischen Rechtes ist mit dessen Kontraktssystem verlassen.

I. Gegenstand des Tausches sind Sachen und auch andere Vermögensgegenstände (Rechte an Sachen, Forderungen) wie beim Kauf. Auch bez. des Abschlusses und der Form des Vertrages gilt das Gleiche.

II. Jede Partei ist der andern zur Uebergabe und zur Verschaffung des Rechtes an derselben verpflichtet wie ein Verkäufer und ihr gegenüber in dieser Hinsicht berechtigt wie ein Käufer. Häufig wird beim Tausch stillschweigend vereinbart sein, daß eine Einschränkung oder Erlaß der den Verkäufer treffenden Gewährleistungspflicht wegen Mangels des Rechtes eintreten soll. Die Gültigkeit einer solchen Abmachung ist nach 443 zu prüfen[1].

III. Die Parteien haften wegen der physischen Mängel der Sache nach Kaufrecht. Jedem Theile steht sowohl Wandelungs- wie Minderungsanspruch zu. Für die Durchführung der Wandelung und Minderung beim Tausch hat besondere Bedeutung die Bestimmung in 473. Auch der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, auf Nachlieferung einer fehlerfreien Sache, ferner die Haftung wegen Viehmängel ist entsprechend gegeben. Beim freundschaftlichen Tausche

---

Litteratur: 1888: Bähr, Zur Beurtheilung, S. 67. Bekker, Beitr., H. 2, S. 48 ff. 1889: Bernhöft, Beitr., H. 12, S. 12 ff. Bekker, System II, S. 128 ff. 157 ff. 1890: Bähr, Krit. VJSchr., Bd. 32, S. 198. 1892: Bähr, Gegenentwurf, S. 100. 1898: Weyl I, § 102. Leske, § 65. Stobbe-Lehmann III, § 233. 1899: Kuhlenbeck, Von den Pandekten ꝛc. II, § 41. Krückmann, § 17. v. Buchka, § 15. Endemann I, § 163. Cosack I, § 133.

[1] Dadurch erledigen sich die Bedenken Bernhöfts, a. a. O., S. 15 f. gegen die Anwendung des Kaufrechtes in diesem Punkte, wobei noch besonders auf 157 zu verweisen ist.

Digitized by Google

wird die Möglichkeit einer Einschränkung der Haftung nach 476 wieder besondere Berücksichtigung erfahren müssen.

IV. Die Parteien haben den Anspruch auf Abnahme.

V. Die Gefahr geht über mit der Uebergabe bez. der Eintragung.

§ 112.

Die Schenkung[1].

I. Die Schenkung ist ein Vertrag, durch den der eine Theil (Schenker) aus seinem Vermögen eine den anderen Theil (Beschenkten) bereichernde Vermögenszuwendung ohne Absicht des Entgeltes macht.

A. Die Vermögenszuwendung (Zuwendungsgeschäft) kann wirthschaftlich und rechtlich sehr verschieden beschaffen sein: Verschaffung von Eigenthums- und anderen dinglichen Rechten, Uebertragung bestehender Forderungen, Begründung einer Forderung für den Beschenkten gegen den Schenker selbst (Schenkungsversprechen), Befreiung von dinglichen Rechten, Erlaß von Forderungen, Tilgung fremder Forderungen, Veräußerung eines ganzen Vermögens, einer Erbschaft, aber auch Gebrauchsüberlassung. Die Schenkung steht daher in der Mitte zwischen den Veräußerungs- und Gebrauchsüberlassungsverträgen. Im Gegensatze zum Schenkungsversprechen sind alle übrigen

[1] Materialien: M. II. S. 286 ff.; P. I. S. 166. 270 f.: II. S. 1 ff.; V. S. 444; VI. 183 f. 381. BRK. S. 69 f.

Litteratur: 1888: Bähr, Zur Beurtheilung, S. 65. Bekker, Beitr., H. 2, S. 38 ff. 68. Poland, Bemerkungen, S. 9 ff. Schloßmann, Jahrb. f. Dogm., Bd. 27, S. 49 ff. 53 ff. Klöppel, Gruch. Beitr., Bd. 32, S. 647. Hartmann, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 73, S. 366. 1889: Gierke, Der Entwurf, S. 223 ff. 229. Derselbe, Beitr., H. 18, S. 47. Bekker, System II, S. 128. 167. 170 ff. 1890: Reatz, GA., S. 163 ff. 174 ff. 193 ff. 223 ff. Kohler, Arch. f. bürg. Recht, Bd. 3. S. 244 ff. 1891: Burckhard, H., Die Stellung der Schenkung im Rechtssystem. Jacoby, Annalen, S. 81 f. 1892: Bähr, Gegenentwurf, S. 87 ff. Grützmann, Sächs. Arch., Bd. 2, S. 766 ff. Jakubezky, Bemerkungen, S. 108 ff. 1896: Meisner, Krit. Bemerkungen, S. 82 f. 1897: Lammfromm, Theilung, Darlehn, Auflage u. Umsatzvertrag bes. S. 79 ff. Bunsen I, §§ 69—71. Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse, § 3. 1898: Weyl I, § 103. Mandry-Geib, S. 238 f. 355, § 50. Stobbe-Lehmann, III, § 233. Leske, §§ 66—69. 1899: Kuhlenbeck, Von den Pandekten ꝛc. I, § 34. Krückmann, § 26. v. Buchka, § 16. Cosack I, §§ 139. 140. Endemann I, §§ 164—166. Hellmann, Krit. VJSchr., Bd. 41, S. 219 ff. Burckhardt, Zum Begriffe der Schenkung. Tränkner, Sächs. Arch., Bd. 9, S. 95 ff. Schepp, Das öffentl. Recht im BGB., S. 51 f.

Digitized by Google

Schenkungen Realschenkungen, Handschenkung. Die letztere Unterscheidung fällt nicht zusammen mit derjenigen in Schenkungen mit und ohne Verfügung[1].

1. Die Zuwendung muß aus dem Vermögen des Schenkers kommen und dieses mindern. Daher fallen nicht immer unter die Schenkung Dienstleistungen und Gebrauchsüberlassungen. In dem Aufgeben einer Sicherheit (Bürgschaft, Pfandrecht) kann eine Schenkung liegen, insofern auf den Ausfall des Rechtes gesehen wird, der durch die Sicherheit hätte abgewendet werden können[2].

Schenkung liegt dagegen nicht vor, wenn Jemand zum Vortheil eines Andern einen Vermögenserwerb unterläßt. Dahin gehört aber nicht der Erlaß zukünftig fälliger Zinsen. Schenkung liegt auch nicht vor, wenn Jemand auf ein angefallenes, noch nicht endgültig erworbenes Recht verzichtet oder zum Vortheil des Andern eine Erbschaft oder ein Vermächtniß ausschlägt trotz des Erwerbes der Erbschaft und des Vermächtnisses von Rechtswegen (517). Jedoch können Verzicht und Ausschlagung nur simulirt sein, um die Schenkung zu verschleiern.

2. Die Zuwendung muß das Vermögen des Beschenkten bereichern. Keine Schenkung ist die Ertheilung von Unterricht, Loskauf aus der Gefangenschaft, wiewohl hier Güter, auch wirthschaftliche Güter vorliegen. Die Stellung einer Sicherheit[3] kann dagegen die geforderte Bereicherung in sich schließen. Inwieweit eine Ausstattung Schenkung ist, ergiebt sich aus 1624 (vgl. Bd. II, § 103).

B. Es muß die Absicht des Entgeltes fehlen. Der Schenker bringt das Vermögensopfer nur zu dem Rechtszwecke, um das Vermögen des Andern zu bereichern, nicht zu einem selbstsüchtigen Zwecke. Daher unterscheidet sich die Schenkung von den Zuwendungen, die zum Zwecke der Erfüllung einer dem Zuwendenden gesetzten Bedingung erfolgen, von Vergabungen und Versprechungen zu bestimmten (öffentlichen) Zwecken. Als unentgeltliche Verfügungen unterliegen die Schenkungen der Anfechtung durch die Gläubiger des Schenkers[4].

[1] Vgl. Tränkner, a. a. O. (1899), S. 97 ff. Kollatz, Ungerechtfertigte Vermögensverschiebung (1899), S. 20 ff.

[2] Vgl. Endemann I, § 164, Z. 10. 11. Oertmann, S. 233 f.

[3] Vgl. Note 2.

[4] KO. § 32. Reichsgesetz v. 21. Juli 1879, § 3, Z. 3 und § 4. Dazu Mandry-Geib, § 50.

Digitized by Google

C. Die Schenkung ist ein Vertrag. In vielen Fällen ist schon das Zuwendungsgeschäft zwischen Schenker und Beschenktem ein Vertrag. Es giebt aber Fälle, in denen die Zuwendung weder Vertrag ist, noch überhaupt rechtsgeschäftlichen Inhalt hat[1]. Zur Schenkung gehört aber immer, daß auch Einigung über den rechtlichen Zweck, der das Geschäft zur Schenkung macht, erfolgt (516, Abs. 1). Bedenken erregen die Fälle, in denen eine Zuwendung, wie sie dem Begriffe der Schenkung entspricht (A.), zum Schenkungszwecke (B.) vom Schenker vollzogen wird, ohne daß Mitwirkung, Annahme der Zuwendung vom zu Beschenkenden erfordert wird (z. B. Zahlung fremder Schulden, wissentliche Berichtigung einer Nichtschuld an Denjenigen, der glaubt, Gläubiger zu sein, Geschäftsführung mit Aufwand für Andere zum Schenkungszweck). In solchen Fällen liegt verbindliches Angebot zum Schenkungsvertrage vor, auf welches an sich schon die Sondervorschriften des Schenkungsrechtes zur Anwendung kommen müssen. Für die Annahme gelten besondere Vorschriften. Der Zuwendende muß in möglichst kurzer Frist darüber zur Gewißheit gelangen, ob die Schenkung zu Stande kommt oder nicht. Er kann daher den Beschenkten unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung über die Annahme auffordern. Der Beschenkte kann innerhalb dieser Frist annehmen oder ablehnen. Verstreicht die Frist ohne Erklärung, so gilt die Schenkung als angenommen. Wird die Schenkung abgelehnt, so kann der Schenker wegen Nichtverwirklichung des rechtlichen Zweckes die Bereicherung fordern (516, Abs. 2).

Da die Schenkung Vertrag ist, so kommen die allgemeinen Grundsätze für Verträge, besonders bez. der Geschäftsfähigkeit (z.B. 105. 107), der Zulässigkeit (z. B. 310), zur Anwendung. Da die Schenkung Verfügung über das Vermögen ist, kommt die Verfügungsfähigkeit (1406, Z. 2. 1453, ferner: 1446. 1641. 1804) in Betracht.

II. Die Form der Schenkung. Möglich ist, daß das Zuwendungsgeschäft einer Form bedarf. Diese ist dann zu erfüllen, wie ja allgemein das Zuwendungsgeschäft unter seinen eigenen Voraussetzungen steht und von der Schenkung zu trennen ist (311. 313)[2]. Oft bedarf dagegen das Zuwendungsgeschäft keiner Form (constitutum possessorium, brevi manu traditio, Anweisung, Abtretung und Erlaß einer Forderung). Die Schenkung als solche steht i. A. unter keinem Formerforderniß. Das gilt von allen Realschenkungen. Eine

[1] A. M. Cosack, S. 483.

[2] Vgl. Oertmann, S. 232. A. M. Planck, S. 283, Z. 6.

Digitized by Google

Ausnahme besteht nur bezüglich des Schenkungsversprechens, d. h. des vom Schenker an den Beschenkten schenkweise gegebenen Versprechens einer Leistung, weil hier die Gefahr übereilten Entschlusses und die Schwierigkeit, bloße Absichten vom geschäftlichen Entschlusse zu trennen, vorliegt. Nur das Versprechen, nicht die Annahme, ist dementsprechend formalisirt und die gerichtliche oder notarielle Beurkundung (vgl. 128, EG. Art. 141) vorgeschrieben. Unter der gleichen Formvorschrift stehen in den Fällen 780. 781 das schenkweise abgegebene abstrakte Schuldversprechen und die entsprechende Anerkennungserklärung wegen der Gefahr der Umgehung. Ob in den sonstigen Fällen abstrakter Schuldversprechungen, z. B. in der Ausstellung eines Inhaberpapieres, eines Wechsels, sonstiger indossabler Schuldverschreibungen, in der Annahmeerklärung bei der Anweisung ꝛc., eine schon vollzogene Schenkung oder nur ein Schenkungsversprechen zu sehen ist, das der Form bedarf, richtet sich nach der Natur dieser abstrakten Versprechen. Der Charakter des schuldrechtlichen Versprechens tritt wohl zurück hinter der Bedeutung dieser Werthpapiere für den Verkehr. Bei ihrer leichten Verwerthbarkeit durch Uebertragung bedeutet schon das Haben des Papieres einen reellen Vermögensvortheil. Die Schenkung bedarf daher der Form nicht[1].

Der Mängel der Form wird durch die Erfüllung des Versprechens geheilt (vgl. 313. 766)[2].

III. Die Arten der Schenkung.

A. Die Schenkungen unterscheiden sich sehr wesentlich nach dem Zuwendungsgeschäft. Sie sind ferner der Form bedürftig oder nicht, je nachdem das Zuwendungsgeschäft in der Begründung einer Forderung des Beschenkten gegen den Schenker besteht oder nicht (vgl. II.).

B. Die Schenkung kann sich mit anderen Geschäften verbinden (negotium mixtum cum donatione), z. B. mit dem Kauf, Tausch, Ausstattung ꝛc.[3].

C. Die belohnende (remuneratorische) Schenkung, wechselseitige

[1] So Endemann I, § 164. Planck zu 518. Oertmann, S. 238 gegen Meisner zu 518.

[2] Ueber die Schenkung von Todeswegen vgl. 2301, Abs. 2. Sobald sie vollzogen ist, finden die Vorschriften der Schenkungen unter Lebenden Anwendung, die Formvorschrift kann dann nicht mehr in Frage kommen.

[3] Vgl. Lammfromm, a. a. O. (1897), S. 132 ff. Oertmann, S. 236. Neumann, S. 240. A. M. Planck, S. 283.

Digitized by Google

Schenkung, Schenkung zur Erfüllung von Anstands- und sittlichen Pflichten unterscheiden sich lediglich durch ihr Motiv von anderen Schenkungen, vgl. aber 534 (VI.)[1].

D. Ueber Schenkung unter Auflage vgl. V., Schenkungen von Todeswegen vgl. Bd. II, § 135 und die pflichtwidrige Schenkung vgl. Bd. II, §§ 136. 160.

IV. Die Verpflichtung des Schenkers i. A.

Die Unentgeltlichkeit des Geschäftes führt gegenüber den allgemeinen Grundsätzen des Schuldrechtes zu Abschwächungen:

A. Der Schenker hat ein abgegebenes Schenkungsversprechen zu erfüllen (519). Er haftet für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit (521). Verzug des Schenkers kann daher bei gewöhnlicher Fahrlässigkeit nicht eintreten (285). Anwendungen findet zu Gunsten des Beschenkten auch 281. Dem Anspruche auf Erfüllung des Versprechens gegenüber hat der Schenker das beneficium competentiae, auch bei schenkweiser Abgabe eines abstrakten Schuldversprechens. Der Nothbedarf besteht in Dem, was der eigene standesmäßige Unterhalt oder die Erfüllung der ihm kraft Gesetzes obliegenden Unterhaltspflichten[2] verlangen, ohne gefährdet zu werden. Bei der Prüfung, ob diese Gefährdung bei Erfüllung des Schenkungsversprechens eintreten würde, sind auch die sonstigen Verpflichtungen des Schenkers zu berücksichtigen. Der Schenker kann, soweit diese Gefährdung vorliegt, die Erfüllung verweigern, aber auch, wenn auch nicht in gleichem Umfange, das zur Erfüllung Geleistete zurückfordern (vgl. VI.). Konkurriren mehrere Schenkungsgläubiger, so geht der früher entstandene Anspruch vor, d. h. es kommt darauf an, wann die mehreren Ansprüche als klagbare geltend gemacht werden konnten. Einen schlechter berechtigten Gläubiger befriedigt der Schenker auf seine Gefahr (vgl. VII. A. 3. 2) (519)[3]. Wie der Schenker selbst, so haften auch seine Erben. Die Verpflichtung des Schenkers ist aber, wenn sich aus dem Versprechen nicht ein Anderes ergiebt, auf ihn beschränkt und erlischt mit seinem Tode, wenn er eine Rente oder andere in wiederkehrenden Leistungen bestehende Unterstützung versprochen hat. Die Erben des Schenkers haften daher hier nur für die Rückstände aus der Lebenszeit ihres Erblassers. Daß die Erben des Beschenkten keinen Anspruch haben, ist selbstverständlich (520).

[1] Vgl. ferner: 814. 1446, Abs. 2. 1641, Abs. 2. 1804, Abs. 2. 2113, Abs. 2. 2215, Satz 2. 2230.

[2] 1351. 1360. 1361. 1578. 1583. 1601 ff. 1703. 1708. 1739. 1766.

[3] Vgl. Schollmeyer (1897), S. 30. Oertmann, S. 240. A. M. Planck S. 286.

Digitized by Google

Geräth der Schenker in Verzug oder tritt Rechtshängigkeit des Anspruches ein, so treffen ihn i. A. die Folgen dieser Umstände (Schadensersatzpflicht, Prozeßzinsen), nur ist er zur Entrichtung von Verzugszinsen nicht verpflichtet (522).

Hinsichtlich des Ortes und der Zeit der Erfüllung gelten die allgemeinen Grundsätze.

B. Hat der Schenker eine unmögliche Leistung versprochen (307) oder eine gesetzlich verbotene (309), so haftet er auf das negative Vertragsinteresse, aber nur, wenn er die Unmöglichkeit kannte oder wegen grober Fahrlässigkeit nicht kannte (521).

C. Gewährleistung wegen Mangels im Recht.

1. Der Schenker haftet selbstverständlich, wenn er die Gewährleistung versprochen hat, nach Maßgabe dieses Versprechens.

2. Er haftet gesetzlich, wenn er arglistig einen Mangel im Rechte verschwiegen hat, dem Beschenkten für den daraus entstehenden Schaden, nicht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

3. Von den Fällen unter Z. 1 und 2 abgesehen, tritt eine Haftung nicht ein, soweit es sich um Sachen (Gattungs-, Individualsachen) handelt, die sich zur Zeit der Schenkung im Vermögen des Schenkers befanden. Diese schenkt er, wie er sie hat. Es kann aber eine Haftung auf das negative Vertragsinteresse nach 307. 521 eintreten. — Hat der Schenker aber einen Gegenstand (Gattungs- oder Speziessache) versprochen, den er erst erwerben sollte, so ist er zur Verschaffung des vollen Rechtes an dem Gegenstande verpflichtet, er haftet aber wegen Rechtsmangels auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur, wenn ihm beim Erwerbe der Mangel im Rechte bekannt war oder wegen grober Fahrlässigkeit unbekannt blieb. Der nähere Umfang der Gewährleistungspflicht, ihre Voraussetzungen und Geltendmachung bestimmt sich nach Analogie der Vorschriften für den Kauf (523).

D. Gewährleistung wegen Mängel der Sache.

1. Hat der Schenker bestimmte Eigenschaften der Sache zugesichert, so ist die Bedeutung einer solchen Zusicherung durch Auslegung festzustellen. Ebenso, wenn er die Haftung für Mängel übernommen hat.

2. Arglistiges Verschweigen eines Fehlers verpflichtet den Schenker zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens (524, Abs. 1).

3. Für die Fehler speziell bestimmter Sachen haftet der Schenker, abgesehen von Z. 1. u. 2., nicht, auch nicht für Fehler von Gattungssachen, die sich zur Zeit der Schenkung im Vermögen des Schenkers

Digitized by Google

befinden. Sind aber Gattungssachen versprochen, die der Schenker erst erwerben sollte, so hat der Beschenkte nach Kaufgrundsätzen:

a. den Anspruch auf Nachlieferung einer fehlerfreien Sache, wenn dem Schenker beim Erwerbe der Fehler bekannt oder wegen grober Fahrlässigkeit unbekannt war,

b. statt dieses Anspruches den auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, wenn der Schenker den Fehler arglistig verschwiegen hat (524).

E. Im Konkurse kann die Verpflichtung des Schenkers nicht geltend gemacht werden (KO. § 63, Z. 4).

V. Die Schenkungen unter einer Auflage[1].

A. Der Anspruch auf Erfüllung der Auflage steht dem Schenker zu, wenn er seinerseits geleistet hat. Gleichgültig ist, ob die Auflage zu Gunsten des Schenkers, eines Dritten oder des Beschenkten getroffen ist. Auch der durch die Auflage begünstigte Dritte hat im Zweifel den Anspruch auf Erfüllung der Auflage (330) und, wenn die Auflage im öffentlichen Interesse liegt, nach dem Tode des Schenkers auch die nach Landesrecht[2] zuständige Behörde (525)[3].

B. Der unter Auflage Beschenkte kann die Erfüllung der Auflage verweigern (aufschiebende Einrede), wenn in Folge eines Mangels im Rechte oder in der Sache selbst der Werth der Zuwendung die Höhe der zur Vollziehung der Auflage nöthigen Aufwendungen nicht erreicht und der Schenker oder ein Dritter den Fehlbetrag nicht ausgleicht (526).

C. Ist vom Beschenkten in Unkenntniß des unter B. bezeichneten Mangels die Auflage vollzogen, so kann der Beschenkte diesen Fehlbetrag ersetzt verlangen (526).

---

[1] Die Schenkung unter Auflage berührt sich nahe mit dem gegenseitigen Vertrage. Der Unterschied liegt darin, daß bei der Schenkung unter Auflage kein Austausch gegenseitiger Versprechungen stattfindet und daß der Schenker auch nicht in der Verpflichtung des Anderen das Aequivalent für sein Vermögensopfer sieht, ebensowenig umgekehrt der Beschenkte. Stammler (1897), S. 85f. Oertmann, S. 246.

[2] Mecklenb.-Schwer. AV. z. BGB., § 39. Mecklenb.-Strelitz. AV. z. BGB., § 38. Bayer. AG. z. BGB. Art. 107. Hamburg, AG. zum BGB. § 24. Braunschw. AG. z. BGB., § 23. Sachs. AV. z. BGB., § 10. Vgl. Schepp, Das öffentl. R. im BGB. S. 51 f.

[3] Hat der Beschenkte auf Grund von 242 gegen den Anspruch auf Erfüllung der Auflage eine Einrede oder Kondiktion, wenn die Kosten der Erfüllung den Betrag der Zuwendung übersteigen? Dafür Lammfromm (1897), S. 153f. Oertmann, S. 246. Dagegen Cosack, S. 496 d.

Digitized by Google

D. Die Rückforderung der Bereicherung (527). Wird dem Beschenkten die Vollziehung der Auflage ohne sein Verschulden unmöglich, so wird er von der Erfüllungspflicht frei (323). Hat er die Nichtvollziehung verschuldet (325), oder ist er zur Erfüllung der Auflage rechtskräftig verurtheilt (325. 283) oder in Verzug bez. der Erfüllung (326) und ist er in diesen Fällen nicht innerhalb der vom Schenker gesetzten Frist zum Vollzug geschritten, so hat der Schenker den Anspruch auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung (327) insoweit, als das Geschenk, d. h. ihr Werth, zur Erfüllung der Auflage hätte dienen sollen. Der Anspruch des Schenkers ist ausgeschlossen, wenn einem Dritten der Anspruch auf Erfüllung der Auflage zusteht (328. 330) oder wenn die Auflage nicht durch ein Vermögensopfer zu erfüllen war (vgl. 812).

E. Im Uebrigen steht die Schenkung unter Auflage unter den allgemeinen Schenkungsgrundsätzen (Form, Rückforderung, Widerruf).

VI. Die Rückforderung der Schenkung.

Eine solche ist dem Schenker eingeräumt entweder auf Grund der Verarmung oder des Widerrufes. Beides ist ausgeschlossen bei Schenkungen, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer Anstandsrücksicht entsprochen wird. Hierher können auch remuneratorische Schenkungen gehören, wenn der Werth der Zuwendung den Werth der geleisteten Dienste (Lebensrettung) nur in geringfügigem Maße übersteigt, und auch wechselseitige Schenkungen (534).

A. Die Rückforderung wegen Verarmung.

1. Sie tritt ein, soweit der Schenker nach Vollziehung der Schenkung außer Stande ist, seinen standesgemäßen Unterhalt und die gesetzlichen Unterhaltspflichten gegen Verwandte, Ehegatten und den früheren Ehegatten (1360. 1578. 1583. 1601) zu bestreiten. Gleichgültig ist, ob die Bedürftigkeit vor oder nach der Schenkung eingetreten ist und wodurch sie eintrat.

2. Die Herausgabe bestimmt sich nach den Grundsätzen für die ungerechtfertigte Bereicherung. Der Beschenkte kann (facultas alternativa) durch Zahlung des für den Unterhalt erforderlichen Betrages die Herausgabe abwenden. Nicht der Umfang des vom Beschenkten Zurückzugebenden bestimmt sich nach 760. 1613. 1615, sondern der Umfang des zur Abwendung der Herausgabe erforderlichen Betrages [1]. Der früher Beschenkte ist nur insoweit verpflichtet, als nicht später Beschenkte es sind (528).

[1] Vgl. Oertmann, S. 249 f. gegen Planck, S. 291 f.

Digitized by Google

3. Dieser Rückforderungsanspruch ist ausgeschlossen:

a. wenn der Schenker seine Bedürftigkeit vorsätzlich oder durch grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt hat,

b. wenn die Verarmung erst nach Ablauf von 10 Jahren nach der Leistung des geschenkten Gegenstandes eintritt, und

c. wenn der Beschenkte selbst in der Lage ist, sich nach 519 den Rückforderungsansprüchen gegenüber auf die Rechtswohlthat des Nothbedarfes zu berufen (vgl. oben IV. A.).

B. Die Rückforderung auf Grund des Widerrufes.

1. Als Grund des Widerrufes ist nur grober Undank, der sich in einer schweren Verfehlung gegen den Schenker oder einen nahen Angehörigen des Schenkers äußert, anerkannt. Ob eine solche schwere Verfehlung vorliegt und ob sie als Ausdruck groben Undankes gegen den Schenker gelten kann, ob namentlich in einer schweren Verfehlung gegen einen Angehörigen ein grober Undank gegen den Schenker selbst liegt, steht zum richterlichen Ermessen (530, Abs. 1). In einer blos fahrlässigen Handlung wird der grobe Undank gewöhnlich nicht zu sehen sein. Rechtswidriges Handeln ist nicht verlangt, wird aber meistens vorliegen.

2. Das Widerrufsrecht ist ein höchstpersönliches Recht. Den Erben des Schenkers steht es nur zu, wenn der Beschenkte vorsätzlich und rechtswidrig den Schenker getödtet oder am Widerrufe gehindert hat, nicht aber, wenn der Schenker den Grund des Widerrufes nicht erfahren hatte oder sein Widerrufsrecht nicht hatte ausüben können (530, Abs. 2).

Unter besonderen Voraussetzungen steht der Widerruf der Schenkungen unter Ehegatten und Verlobten (1301. 1345. 1584).

3. Die Ausübung des Widerrufsrechtes erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Beschenkten. Klage oder gerichtliche Erklärung ist nicht erforderlich (531, Abs. 1).

4. Die Wirkung des erklärten Widerrufes. Der Schenker und seine Erben haben einen Anspruch auf Herausgabe des Geschenkes nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung gegen den Beschenkten und seine Erben (531, Abs. 2).

5. Das Erlöschen und der Ausschluß des Widerrufsrechtes treten ein

a. durch Tod des Schenkers;

b. durch Verzeihung des Schenkers dem Beschenkten gegenüber, worin ein thatsächlicher Akt, nicht etwa ein Verzicht auf die Ausübung des Widerrufsrechtes zu sehen ist;

Digitized by Google

c. nach Ablauf einer Frist von einem Jahre, nachdem der Schenker oder der sonstige Widerrufsberechtigte von dem Eintritte der Voraussetzungen seines Rechtes Kenntniß erlangt hat;

d. durch den Tod des Beschenkten. Ein Widerruf gegenüber den Erben des Beschenkten ist weder wegen eines vom Beschenkten selbst gezeigten Undankes, noch auch wegen eines vom Erben begangenen (weil für diesen keine Dankbarkeitspflicht besteht) möglich (532);

e. durch Verzicht des Widerrufsberechtigten in Kenntniß des Undankes. Ein Verzicht vor Kenntniß des Undankes ist nichtig (533).

---

2. Kapitel.

Verträge auf Ueberlassung von Sachnutzung und Arbeitskraft.

§ 113.

Die Miethe[1].

I. Begriff.

Der Miethsvertrag ist der gegenseitige Vertrag, der den Vermiether zur Ueberlassung des Gebrauches einer

[1]) Materialien: M. II. S. 368 ff. P. II. S. 130 f. 147 ff. 178. 232. D. S. 75 f.

Litteratur: 1888: Bähr, Zur Beurtheilung, S. 73 ff. 1889: Jacobi, Arch. f. bürg. Recht, Bd. 2, S. 31 ff. Heuberger, Die Sachmiethe. Gierke, Der Entwurf, S. 238 ff. Menger, Arch. f. soziale Gesetzgebung u. Stat., Bd. 2, S. 370 ff. Bernhöft, Beitr., H. 12, S. 64 ff. 71. Bekker, System II, S. 129. Verhandlungen des Pr. Landes-Oek.-Koll., S. 250. 475. 481. 483 ff. 488 ff. 898. 1890: Lippmann, Arch. f. bürg. R., Bd. 3, S. 32 ff. Boyens, GA., S. 735 ff. 1891: Jacoby, Annalen d. d. Reichs, S. 85 ff. 1892: Bähr, Gegenentw., S. 100 ff. Jakubezky, Bemerkungen, S. 119 f. 1893: Grützmann, Sächs. Arch., Bd. 3, S. 430 ff. 1896: Leo, D. Jur.-Zeitung, Jahrg. 1, S. 230 ff. 1897: Vogel, Die Miethe von Wohnungen und Räumen. Fränkel, Das Mieth- und Pachtrecht nach d. BGB. Crome, Jahrbuch f. Dogm., Bd. 37, S. 1 ff. Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse, § 5. Bunsen I, §§ 72. 73. Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte S. 32 ff. 124 ff. 1898: Raatz, Die Miethe von Räumen nach dem BGB. Arnold, Bl. für Rechtsanwendung, Bd. 63, S. 325 ff. 341 ff. 357 ff. 373 ff. Weyl

Digitized by Google

Sache während der Miethszeit, den Miether zur Zahlung des vereinbarten Miethzinses verpflichtet (535). Der Miethsvertrag begründet also nur ein Schuldverhältniß zwischen dem Vermiether und Miether, kein dingliches Recht (vgl. Bd. I, § 117. II, B.).

II. Der Abschluß des Miethsvertrages.

Der Abschluß des Miethsvertrages erfolgt durch Einigung der Parteien über die Sache, den Miethszweck (Gebrauch) und den Miethspreis.

A. Einer Form bedarf der Miethsvertrag über bewegliche Sachen nicht. Der Miethsvertrag über Grundstücke hat aber auch Bedeutung für den Erwerber des Grundstückes. Dieser muß in der Lage sein, sich zuverlässig über die ihn treffenden Pflichten unterrichten zu können. Daher sollen Miethsverträge über Grundstücke, die für längere Zeit als ein Jahr geschlossen sind, schriftlich geschlossen werden. Ist die Form nicht beobachtet, so ist der Vertrag nicht nichtig (abweichend von 125), sondern wird wie ein auf unbestimmte Zeit geschlossener nach 564, Abs. 2. 565 behandelt. In Folge dessen ist der Eintritt des Erwerbers in die Miethe für ihre ganze Dauer unbedenklich. Die Kündigung, die dem Miether oder Vermiether und auch dem Erwerber zusteht, ist jedoch erst für den Schluß des ersten Jahres zulässig (566).

B. Gegenstand der Miethe sind nur Sachen, bewegliche Sachen oder Grundstücke, einzelne Sachen oder Sachgesammtheiten, aber nicht z. B. die Elektrizität als solche, während Gegenstand der Pacht auch Rechte sein können (581)[1]. Mit der Sache sind auch deren Zubehörungen vermiethet. Die Miethe von beweglichen Sachen und von Grundstücken unterscheidet sich in wesentlichen Punkten[2], die im Folgenden hervorgehoben sind. Was für die Miethe von Grundstücken

---

I, §§ 104. 105. Stobbe-Lehmann III, § 235. Leske § 70. Fuld, Das Miethrecht nach d. BGB., S. 1 ff. 1899: Kuhlenbeck, Von den Pandekten ꝛc. II, § 45. Krückmann, § 11. v. Buchka, § 17. Endemann I, § 167. Cosack I, § 134. Arnold, Die Wohnungsmiethe nach dem BGB. Tränkner, Sächs. Arch., Bd. 9, S 145 ff.

[1] Selbstverständlich muß die Miethssache in Beziehung auf den beabsichtigten Gebrauch eine unverbrauchbare Sache sein. — Auch ein Miethsvertrag an der eigenen Sache des Miethers ist möglich, z. B., wenn der Gebrauch der Sache dem Eigenthümer nicht zusteht. Miethet der Eigenthümer im Irrthum die eigene Sache, so ist 119 anzuwenden.

[2] Vgl. 544. 551, Abs. 2. 556, Abs. 2. 559—563. 565. 566. 571—579.

Digitized by Google

c. nach Ablauf einer Frist von einem Jahre, nachdem der Schenker oder der sonstige Widerrufsberechtigte von dem Eintritte der Voraussetzungen seines Rechtes Kenntniß erlangt hat;

d. durch den Tod des Beschenkten. Ein Widerruf gegenüber den Erben des Beschenkten ist weder wegen eines vom Beschenkten selbst gezeigten Undankes, noch auch wegen eines vom Erben begangenen (weil für diesen keine Dankbarkeitspflicht besteht) möglich (532);

e. durch Verzicht des Widerrufsberechtigten in Kenntniß des Undankes. Ein Verzicht vor Kenntniß des Undankes ist nichtig (533).

---

2. Kapitel.

Verträge auf Ueberlassung von Sachnutzung und Arbeitskraft.

§ 113.

Die Miethe[1].

I. Begriff.

Der Miethsvertrag ist der gegenseitige Vertrag, der den Vermiether zur Ueberlassung des Gebrauches einer

[1]) Materialien: M. II. S. 368 ff. P. II. S. 130 f. 147 ff. 178. 232. D. S. 75 f.

Litteratur: 1888: Bähr, Zur Beurtheilung, S. 73 ff. 1889: Jacobi, Arch. f. bürg. Recht, Bd. 2, S. 31 ff. Heuberger, Die Sachmiethe. Gierke, Der Entwurf, S. 238 ff. Menger, Arch. f. soziale Gesetzgebung u. Stat., Bd. 2, S. 370 ff. Bernhöft, Beitr., H. 12, S. 64 ff. 71. Bekker, System II, S. 129. Verhandlungen des Pr. Landes-Oek.-Koll., S. 250. 475. 481. 483 ff. 488 ff. 898. 1890: Lippmann, Arch. f. bürg. R., Bd. 3, S. 32 ff. Boyens, GA., S. 735 ff. 1891: Jacoby, Annalen d. d. Reichs, S. 85 ff. 1892: Bähr, Gegenentw., S. 100 ff. Jakubezky, Bemerkungen, S. 119 f. 1893: Grützmann, Sächs. Arch., Bd. 3, S. 430 ff. 1896: Leo, D. Jur.-Zeitung, Jahrg. 1, S. 230 ff. 1897: Vogel, Die Miethe von Wohnungen und Räumen. Fränkel, Das Mieth- und Pachtrecht nach d. BGB. Crome, Jahrbuch f. Dogm., Bd. 37, S. 1 ff. Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse, § 5. Bunsen I, §§ 72. 73. Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte S. 32 ff. 124 ff. 1898: Raatz, Die Miethe von Räumen nach dem BGB. Arnold, Bl. für Rechtsanwendung, Bd. 63, S. 325 ff. 341 ff. 357 ff. 373 ff. Weyl

Digitized by Google

Sache während der Miethszeit, den Miether zur Zahlung des vereinbarten Miethzinses verpflichtet (535). Der Miethsvertrag begründet also nur ein Schuldverhältniß zwischen dem Vermiether und Miether, kein dingliches Recht (vgl. Bd. I, § 117. II, B.).

II. Der Abschluß des Miethsvertrages.

Der Abschluß des Miethsvertrages erfolgt durch Einigung der Parteien über die Sache, den Miethszweck (Gebrauch) und den Miethspreis.

A. Einer Form bedarf der Miethsvertrag über bewegliche Sachen nicht. Der Miethsvertrag über Grundstücke hat aber auch Bedeutung für den Erwerber des Grundstückes. Dieser muß in der Lage sein, sich zuverlässig über die ihn treffenden Pflichten unterrichten zu können. Daher sollen Miethsverträge über Grundstücke, die für längere Zeit als ein Jahr geschlossen sind, schriftlich geschlossen werden. Ist die Form nicht beobachtet, so ist der Vertrag nicht nichtig (abweichend von 125), sondern wird wie ein auf unbestimmte Zeit geschlossener nach 564, Abs. 2. 565 behandelt. In Folge dessen ist der Eintritt des Erwerbers in die Miethe für ihre ganze Dauer unbedenklich. Die Kündigung, die dem Miether oder Vermiether und auch dem Erwerber zusteht, ist jedoch erst für den Schluß des ersten Jahres zulässig (566).

B. Gegenstand der Miethe sind nur Sachen, bewegliche Sachen oder Grundstücke, einzelne Sachen oder Sachgesammtheiten, aber nicht z. B. die Elektrizität als solche, während Gegenstand der Pacht auch Rechte sein können (581)[1]. Mit der Sache sind auch deren Zubehörungen vermiethet. Die Miethe von beweglichen Sachen und von Grundstücken unterscheidet sich in wesentlichen Punkten[2], die im Folgenden hervorgehoben sind. Was für die Miethe von Grundstücken

---

I, §§ 104. 105. Stobbe-Lehmann III, § 235. Leske § 70. Fuld, Das Miethrecht nach d. BGB., S. 1 ff. 1899: Kuhlenbeck, Von den Pandekten ꝛc. II, § 45. Krückmann, § 11. v. Buchka, § 17. Endemann I, § 167. Cosack I, § 134. Arnold, Die Wohnungsmiethe nach dem BGB. Tränkner, Sächs. Arch., Bd. 9, S 145 ff.

[1] Selbstverständlich muß die Miethssache in Beziehung auf den beabsichtigten Gebrauch eine unverbrauchbare Sache sein. — Auch ein Miethsvertrag an der eigenen Sache des Miethers ist möglich, z. B., wenn der Gebrauch der Sache dem Eigenthümer nicht zusteht. Miethet der Eigenthümer im Irrthum die eigene Sache, so ist 119 anzuwenden.

[2] Vgl. 544. 551, Abs. 2. 556, Abs. 2. 559—563. 565. 566. 571—579.

Digitized by Google

gilt, bezieht sich auch auf die Miethe von Wohnräumen und anderen Räumen (580), auch in beweglichen Sachen, z. B. in Schiffen.

C. Zweck der Miethe ist lediglich die Ueberlassung des Gebrauches der Sache auf Zeit, während bei der Pacht auch die des Fruchtgenusses hinzukommt (581).

D. Wesentlich ist der Miethe die Vereinbarung eines Miethszinses. Ohne eine Gegenleistung läge Leihe vor (598). Die Gegenleistung des Miethers braucht nicht in Geld zu bestehen, sie kann auch andere vertretbare Sachen betreffen oder sonstige Leistungen. Im letzteren Falle würde der Vertrag einen gemischten Charakter annehmen können.

§ 114.

Die Verpflichtungen des Vermiethers [1].

Nach dem Miethsvertrage ist der Vermiether verpflichtet, den Gebrauch zu gewähren. Diese Verpflichtung besteht während der ganzen Dauer der Miethe, sie erneuert sich beständig, und in jedem Momente ist der Vermiether zur Vorleistung verpflichtet. Der Vermiether darf daher nicht durch eigene Handlungen den Miether im Gebrauche stören, er darf keine Aenderungen mit der Sache vornehmen, die den Gebrauch beeinträchtigen. Wird die Sache durch Zufall total zerstört, so ist er zur Wiederherstellung allerdings nicht verpflichtet. Geht sie theilweise unter, so ist der Vermiether zur Wiederherstellung verpflichtet, soweit darin noch Erhaltung, nicht Neuherstellung der Sache liegt.

I. Der Vermiether ist verpflichtet, dem Miether die Miethssache

---

[1] Materialien: M. II. S. 369 ff. 373 ff. 378 ff. 393 ff. 399 ff. P. II. S. 131 f. 174 ff. 227 ff. 263. 273; VI. S. 185 f. D. S. 71. BRK. S. 71.

Litteratur: 1888: Bähr, Zur Beurtheilung, S. 73. 76 ff. 1889: Heuberger, Die Sachmiethe, S. 28 ff. 37 ff. 42 ff. 48. 50 ff. 56 ff. 71. 76 ff. 100. Gierke, Der Entwurf, S. 241. Thomsen, Jur. Tag 20, Bd. 2, S. 152 ff. Lewinsohn, ebenda, S. 207 ff. Verhandlungen d. Pr. Landes-Oek.-Koll., S. 164. 166. 276. 605 ff. 901 ff. 1890: Boyens, GA., S. 716 ff. 734 ff. 744 ff. 1891: Mittelstein, Arch. f. bürg. R., B. 5, S. 278 ff. 1892; Jakubezky, Bem., S. 125. 133. 1896: Schätzel, Der Schutz des Miethers gegen den Vermiether. 1897: Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse, § 5. Bunsen I, §§ 72. 73. 1898: Leske, § 71. Weyl I, § 106. Fuld, Das Miethrecht, S. 60 ff. 1899: Kuhlenbeck, Von den Pandekten ꝛc. II, § 45. Krückmann, § 11. v. Buchka, § 17. Cosack I, § 135. Endemann I, § 168. Tränkner, Sächs. Arch., Bd. 9, S. 147 ff.

Digitized by Google

in dem zu dem vertragsmäßigen Gebrauche geeigneten Zustande zu überlassen und sie während der Miethszeit in diesem Zustande zu erhalten (536). Diese Verpflichtung folgt schon aus 535, wonach der Vermiether verpflichtet ist, während der Miethszeit dem Miether den Gebrauch zu gewähren.

Der Miether hat jedenfalls die Vertragsklage auf Erfüllung dieser Verpflichtung bez. die Klage auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

A. Die Ueberlassungspflicht schließt nur, soweit der Gebrauch es erfordert, die Pflicht zur Uebergabe in sich, z. B. nicht bei Gestattung des Lustwandelns in einem Park, bei Benutzung eines Klaviers am bisherigen Standort.

B. Die Ueberlassung hat in dem zum vertragsmäßigen Gebrauche geeigneten Zustande zu erfolgen. Ist jeder mögliche Gebrauch eingeräumt, so ist dieser der vertragsmäßige.

Die Beschaffenheit der Sache und der Zweck, der vom Miether intendirt ist, begrenzen dann das Maß des Gebrauches.

C. Der Vermiether hat auch die Sache in dem geeigneten Zustande zu erhalten.

II. Die Gewährleistungspflicht wegen physischer Mängel der Sache.

Aus 536 in Verbindung mit anderen Bestimmungen würde folgen, daß der Miether wegen der Mängel der Sache ein Recht auf Befreiung oder Minderung seiner Verpflichtung zur Zahlung des Miethzinses, zum Rücktritt vom Vertrage und auf Schadensersatz hätte nach den Grundsätzen über die anfängliche oder nachfolgende, verschuldete oder unverschuldete Unmöglichkeit der Leistung und über die Pflicht zur Leistung und deren Nichterfüllung. Das Gesetz hat aber die Gewährleistungspflicht besonders geregelt.

A. Die Gewährleistungspflicht bezieht sich auf Mängel, Fehler der Sache, die den vertragsmäßigen (nicht den gewöhnlichen) Gebrauch aufheben oder mindern und auf zugesicherte Eigenschaften, die von vornherein, ohne daß eine objektive Prüfung entscheidend wäre, die Tauglichkeit zum vertragsmäßigen Gebrauch bedingen[1]. Auf die Erheblichkeit der Mängel kommt es nicht an. Der Zusicherung einer Eigenschaft steht es gleich, wenn bei Vermiethung eines Grundstückes eine bestimmte Größe desselben zugesichert ist (vgl. 468).

[1] Auch besteht wegen der zugesicherten Eigenschaften der Anspruch auf Erfüllung M. II. S. 374.

Digitized by Google

B. Die Mängel können anfängliche, d. h. zur Zeit der Ueberlassung vorhandene, und später eintretende sein. Die zugesicherte Eigenschaft kann von Anfang an fehlen oder später hinwegfallen.

C. Nach 537 hat der Miether bei Aufhebung der Tauglichkeit das Recht auf Befreiung von der Gegenleistung, bei Minderung der Tauglichkeit das Recht auf Minderung wie beim Kauf (472. 473), Beides für die Zeit der Aufhebung bez. Minderung der Tauglichkeit und ohne Rücksicht auf Verschulden des Vermiethers. Entsprechend kann der Miether einen im Voraus zuviel bezahlten Miethspreis kondiziren.

Da es bei den zugesicherten Eigenschaften auf die objektive Tauglichkeit nicht ankommt, so tritt entsprechend Befreiung ein für die Zeit, in welcher der Gebrauch aufgehoben ist, wenn er die Eigenschaft zur Voraussetzung hat, und Minderung, wenn der Gebrauch gemindert ist.

D. Anstatt des Rechtes auf Befreiung und Minderung hat der Miether das Recht, nach 538 Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen,

1. wenn der Mangel zur Zeit des Vertragsabschlusses vorhanden ist, ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Vermiethers und seine Kenntniß vom Mangel. Es wird also angenommen, daß der Vermiether nicht nur bez. der zugesicherten Eigenschaften, sondern auch hinsichtlich der Tauglichkeit zum vertragsmäßigen Gebrauch Garantie leistet. Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung geht über die allgemeinen Grundsätze hinaus, soweit die Beseitigung der Mängel objektiv unmöglich wäre.

2. Der gleiche Anspruch besteht, wenn der Mangel nach Abschluß des Vertrages entsteht und vom Vermiether verschuldet ist und

3. wenn der Vermiether mit der Beseitigung des Mangels, auf welche der Miether auch klagen kann, in Verzug geräth. Hier kann der Miether den Mangel auch selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen (538, Abs. 2).

E. Das Recht auf Befreiung und Minderung und der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung und auf Ersatz der Aufwendungen stehen dem Miether nicht zu, wenn er gültig darauf verzichtete (vgl. IV.), ferner, wenn er den Mangel bei Abschluß des Vertrages gekannt hat. Hat der Miether den Fehler, der die Tauglichkeit zum vertragsmäßigen Gebrauche aufhebt oder mindert, in Folge grober Fahrlässigkeit nicht gekannt, so hat er die Rechte und Ansprüche nur, wenn der Vermiether den

Digitized by Google

Mangel arglistig verschwiegen oder die Abwesenheit des Mangels zugesichert hat (460). Hat der Miether die mangelhafte Sache in Kenntniß des Mangels angenommen, so hat er die fraglichen Rechte und Ansprüche nur, wenn er sie sich bei der Annahme vorbehielt (464. 539). Der Miether verliert den Anspruch auch bei Verletzung der Anzeigepflicht (545, vgl. Bd. II, § 115. II, D.). Hatte der Vermiether die Beseitigung der Mängel versprochen, so haftet er natürlich aus dem Versprechen.

III. Die Gewährleistungspflicht wegen Mangels im Rechte.

Wird dem Miether der vertragsmäßige Gebrauch durch die Geltendmachung des Rechtes eines Dritten ganz oder zum Theil entzogen, so z. B. auch, wenn dem Vermiether das Recht an der Sache nur auf Zeit zustand und während der Miethzeit erlischt, so hat er (541)

A. für die Zeit der Entziehung das Recht der Befreiung und Minderung nach 537 (II, C.).

B. Bestand das Recht des Dritten schon zur Zeit des Vertragsabschlusses, so hat der Miether auch den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung ohne Rücksicht auf Schuld des Vermiethers.

Ist das Recht des Dritten erst nach Abschluß des Vertrages entstanden, so haftet der Vermiether auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur, wenn er in Schuld ist (II, D.).

C. Der Miether hat diese Ansprüche nicht, wenn er giltig auf sie verzichtete (vgl. IV.) und wenn er bei Abschluß des Vertrages das damals bestandene Recht des Dritten kannte (539, Satz 1). Der Miether hat bei Unkenntniß stets diese Ansprüche, und es kommt also nicht darauf an, ob etwa die Unkenntniß auf grober oder gewöhnlicher Fahrlässigkeit beruhte. Die Ansprüche fallen auch fort in Folge der Verletzung der Anzeigepflicht (545, vgl. Bd. II, § 115. II, D.).

D. Die vorbehaltlose Annahme der Sache in Kenntniß der Mängel kann allerdings den Verzicht auf die Rechte und Ansprüche des Miethers in sich schließen.

IV. Die Gewährleistungspflicht wegen Fehler und Rechtsmängel kann durch Vereinbarung gesteigert werden. Soll sie aber gemindert oder erlassen werden, so ist die Vereinbarung nichtig, wenn der Vermiether den Mangel oder das Recht des Dritten arglistig verschweigt (540).

V. Die Rechte des Miethers aus dem Mangel der Sache oder

Digitized by Google

des Rechtes sind an eine kurze Verjährung oder Ausschlußfrist nicht geknüpft.

VI. Das Kündigungsrecht des Miethers[1].

A. Der Miether kann ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen, wenn ihm der vertragsmäßige Gebrauch der Miethssache ganz oder theilweise nicht rechtzeitig gewährt oder wieder entzogen ist. Dahin gehören die Fälle der Aufhebung oder Minderung des Gebrauches durch Mängel, in Folge von Rechten Dritter, der Hinderung durch den Vermiether oder Dritte, der Aenderung der Sache durch Vermiether oder Dritte, des zufälligen theilweisen Unterganges der Sache, der Verzögerung der Gebrauchsüberlassung durch den Vermiether oder der Verzögerung der Ausbesserungen trotz Aufforderung durch den Miether.

1. Das Kündigungsrecht steht dem Miether nicht zu, wenn er die Nichtgewährung oder Entziehung des Gebrauches verschuldet hat.

2. Die Voraussetzungen der Kündigung sind (542. 543), daß

a. der Miether dem Vermiether die Aufforderung, Abhülfe zu schaffen, hat zugehen lassen, eine angemessene Frist zur Abhülfe gesetzt hat und diese fruchtlos verstrichen ist. Der Aufforderung mit Fristbestimmung bedarf es nicht, wenn die Erfüllung des Vertrages in Folge des die Kündigung rechtfertigenden Umstandes für den Miether kein Interesse mehr hat. Hier kann die Kündigung sofort erfolgen.

b. Es muß ein an sich erheblicher Theil des Gebrauches vorenthalten oder entzogen sein oder die Vorenthaltung oder Entziehung eine an sich erhebliche Zeit gewährt haben. Im Falle der Unerheblichkeit an sich besteht das Kündigungsrecht aber dennoch, wenn die Kündigung durch ein besonderes Interesse des Miethers gerechtfertigt wird.

Den Beweis der erfolgten Aufforderung, der Fristsetzung und der Kündigung hat der Miether zu führen. Bestreitet der Vermiether die Zulässigkeit der Kündigung, weil er rechtzeitig geleistet oder vor Ablauf der Frist Abhülfe gewährt habe, so hat er dieses zu beweisen.

c. Hat der Vertrag den Charakter eines Fixgeschäftes gemäß 361, so hat der Miether das dort gewährte Rücktrittsrecht.

d. Kannte der Miether bei Abschluß des Vertrages die die Kündigung rechtfertigenden Umstände, wußte er also, daß der Vermiether nicht rechtzeitig liefern konnte oder daß ihm der Gebrauch

[1] Immerwahr, die Kündigung (1898) S. 132 ff.

Digitized by Google

wieder werde entzogen werden, so hat er das Kündigungsrecht nicht. Ebenso, wenn er die verspätete Ueberlassung annimmt. Sind diese Umstände dem Miether in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben oder nimmt er die Sache in Kenntniß der Umstände vorbehaltlos an, so hat er das Kündigungsrecht nur, wenn der Vermiether diese Umstände arglistig verschwiegen hat oder wenn er die Abwesenheit der Umstände besonders zugesichert hat (539). Kann wegen des Bestandes des Rechtes eines Dritten der Vermiether nicht rechtzeitig leisten und nimmt der Miether ohne Vorbehalt an, so liegt darin nicht immer ein Verzicht auf das Kündigungsrecht (541).

e. Sind in einem Miethsvertrage mehrere Sachen vermiethet, so kann nur bez. der einzelnen nicht rechtzeitig überlassenen oder entzogenen Sachen das Kündigungsrecht ausgeübt werden, auch wenn ein Gesammtmiethszins vereinbart ist (469). Der Gesammtmiethszins ist nach 471 verhältnißmäßig herabzusetzen. Sind die Sachen als zusammengehörend vermiethet, so kann jeder Theil nach 469 verlangen, daß die Kündigung auf alle Sachen erstreckt werde. Die Kündigung wegen der Hauptsache erstreckt sich auf die Nebensache, die wegen der Nebensache nicht auf die Hauptsache (470).

f. Eine Vereinbarung, die dem Vermiether die Pflicht zur rechtzeitigen Ueberlassung erläßt oder mindert, ist nichtig, wenn der Vermiether die fraglichen Umstände arglistig verschweigt (540).

g. Ist der Miethszins für eine spätere Zeit im Voraus entrichtet, so hat der Vermiether nach 347 denselben mit Zinsen seit Empfang zurückzuzahlen. Ist er an der Kündigung nicht schuld, so muß er ihn nach den Grundsätzen über die ungerechtfertigte Bereicherung zurückgeben.

B. Bei der Miethe von Wohnungen oder anderen zum Aufenthalt von Menschen bestimmten Räumen (z. B. Comptoirs, Werkstätten) ist der Vermiether gehalten, dafür einzustehen, daß die Benutzung nicht mit einer erheblichen Gefährdung der Gesundheit des Miethers und seiner Wohnungsgenossen verbunden ist.

1. Verlangt ist also: erhebliche Gefährdung der Gesundheit, d. h., die Annahme der Gefährdung muß naheliegend sein, und es muß sich um Gefahr für die Gesundheit handeln. Die Gefährdung muß in dem Zustand der Wohnung und ihrem Zweck, nicht in den persönlichen Verhältnissen des Miethers begründet sein[1].

[1] So Planck, S. 303. Neumann, zu 544. A. M. Fuld, a. a. O. S. 74 f. Oertmann, S. 265.

Digitized by Google

2. Der Miether kann ohne Einhaltung der Kündigungsfrist kündigen, selbst wenn er die fraglichen Zustände bei Abschluß des Vertrages gekannt oder auf seine etwaigen Rechte verzichtet hat (544)[1].

VII. Das Recht des Miethers auf Befreiung und Minderung nach 537, auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach 538 und das Recht, ohne Fristbestimmung zu kündigen nach 542, Abs. 1, Satz 3, fallen weg wegen Unterlassung der dem Miether obliegenden Anzeige nach 545 (vgl. Bd. I, § 115. II. D.).

VIII. Der Vermiether hat die auf der Sache ruhenden Lasten zu tragen (546), z. B. öffentliche Abgaben. Die Einquartirungslast trifft dagegen gesetzlich den Vermiether nicht[2].

IX. Der Vermiether hat dem Miether die auf die Sache gemachten nothwendigen Verwendungen zu ersetzen (547. 256 bis 258.) Dieser Anspruch steht dem Miether zu, weil er die Pflicht der Obhut über die Sache hat (vgl. 450). Auslagen, die der Gebrauch einer beweglichen Sache verursacht, hat der Miether zu tragen, obwohl der Vermiether den vertragsmäßigen Gebrauch einzuräumen hat. Solche Auslagen können auch als nothwendige Verwendungen erscheinen. Trotzdem trägt sie der Miether. Für die Fütterungskosten bei Miethe von Thieren ist das ausdrücklich ausgesprochen.

Ersatz nicht nothwendiger Verwendungen kann der Miether nur verlangen als Geschäftsführer ohne Auftrag, demnach dann nicht, wenn er den Willen nicht hatte, den Vermiether zu verpflichten, wie das häufig der Fall sein wird.

Ersatz der zur Ausbesserung ꝛc. der Sache erforderlichen Verwendungen kann der Miether im Falle des 538, Abs. 2 verlangen (II, D. Z. 3).

Der Miether kann ferner stets eine Einrichtung, mit der er die Sache versehen hat, wegnehmen (258).

Der Miether hat wegen des Ersatzanspruches auf Verwendungen das Zurückbehaltungsrecht nach 273 (vgl. aber Bd. I, § 115, II. F.). Der Anspruch des Miethers auf Ersatz der Verwendungen und Wegnahme einer Einrichtung verjähren in sechs Monaten von der Beendigung des Miethsverhältnisses an (558).

[1] Vgl. auch Schultzenstein, D. Jur. Zeitg. Jahrg. 4 (1899). Schepp, Das öffentl. R. im BGB. (1899) S. 52.

[2] Reichsgesetze vom 13. Juni 1873, 13. Februar 1875, 21. Juni 1887 u. 24. Mai 1898.

Digitized by Google

§ 115.

Die Verpflichtungen des Miethers[1].

I. Verpflichtung zur Leistung des Miethszinses.

Besteht der Miethszins nicht in Geld, so bestimmt sich die Leistungspflicht des Miethers möglicherweise auch nach den Vorschriften, die für Schuldverhältnisse auf derartige Leistungen gelten (z. B. Dienstvertrag, Werkvertrag).

A. Zeit der Entrichtung (551).

Der Vermiether ist zur Vorleistung verpflichtet. Der Miether hat daher den Miethszins nach Beendigung der Miethszeit zu entrichten. Ist dagegen der Zins nach Zeitabschnitten bemessen, so ist er nach dem Ablaufe der einzelnen Zeitabschnitte zu entrichten. Das gilt auch für die Miethe von Grundstücken. Ist bei der Grundstücksmiethe aber der Miethszins nicht nach kürzeren Zeitabschnitten bemessen, so ist er nach dem Ablaufe eines Kalendervierteljahres am ersten Werktag des folgenden Monates zu entrichten. Der Parteiwille kann Anderes bestimmen (Ortsgebrauch).

B. Der Miether hat den Miethszins auch dann zu entrichten, wenn er die Unmöglichkeit der Leistung des Vermiethers verschuldet hat oder die Unmöglichkeit nach Annahmeverzug des Miethers eingetreten ist oder wenn er die Ausübung des Gebrauches unterläßt[2], obwohl ein objektives Hinderniß nicht entgegensteht; aber auch dann,

[1] Materialien: M. II. S. 369 ff. 395 ff. 400 ff. P. II. S. 132, 156 f. 178 ff. 225. 228 ff. 273 f. 514 f. VI S. 184 ff. 564. D. S. 70 ff. BRK., S. 71 f. Begründung d. Nov. z. CPO. S. 105. 151 f. Begründung d. Nov. z. KO. S. 237. 242. Begründung d. Nov. z. GBG. S. 79.

Litteratur: 1888: Eck, Das gesetzliche Pfand- und Vorzugsrecht des Vermiethers. Bähr, Zur Beurtheilung S. 77 ff. 1889: Gierke, Der Entwurf, S. 241 ff. Heuberger, Die Sachmiethe, bes. S. 64. 101. 111 ff. 128. 190 ff. Bähr, Arch. f. bürg. R., Bd. 2. S. 125. Opitz, Gutachten, S. 60 ff. Lewinsohn, Jur. Tag 20, Bd. 3, S. 238 ff. Thomsen, ebenda S. 152 ff. Jur. Tag 20, Bd. 4, S. 156 ff. 204 ff. 430 ff. Verhandlungen des Pr. Landes-Oek.-Koll., S. 26 ff. 37. 157 ff. 162 ff. 220. 268 ff. 272 ff. 560 ff. 584. 900 f. Klöppel, Gruch. Beitr., Bd. 33, S. 838 ff. 1890: Boyens, GA., S. 718 ff. 723 ff. 732 ff. 736 ff. Cohn, GA., S. 159 ff. Hermes, Jur. Tag 21, Bd. 1, S. 296. 1892: Jakubezky, Bemerkungen, S. 125 ff. 1897: Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse, § 5. Bunsen I. §§ 72. 73. 1898: Weyl I, § 107. Fuld, Das Miethrecht, S. 93 ff. Leske, § 72. 1899: Kuhlenbeck, Von den Pandekten ꝛc. II, § 45. Krückmann, § 11. Endemann I, § 169. v. Buchka, § 47. Cosack I, § 135.

[2] Außerdem kommt 322 in Betracht.

Digitized by Google

wenn er durch in seiner Person liegende Gründe (Krankheit, Einziehung zum Militär ꝛc.) an der Ausübung des Gebrauches gehindert ist. Insofern trägt also der Vermiether den Zufall nicht. Der Miether hat somit den Zins zu entrichten, er kann aber in Abzug bringen, was der Vermiether in Folge der Nichtausübung des Gebrauches an Aufwendungen erspart hat und was er etwa durch anderweite Verwerthung des Gebrauches an Vortheilen erlangt hat. Die Verpflichtung des Miethers hat aber stets zur Voraussetzung, daß der Vermiether sich nicht durch Ueberlassung des Gebrauches an einen Dritten außer Stande gesetzt hat, dem Miether den Gebrauch zu gewähren. In solchem Falle wird also der Miether frei, selbst wenn er aus in seiner Person liegenden Gründen den Gebrauch nicht ausüben konnte (552).

C. Der Vermiether kann auf den Miethszins klagen. Ist aber der Miether mit zwei auf einander folgenden Terminleistungen auch nur zum Theile in Verzug, so kann der Vermiether *ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen*. Vorbehaltlose Annahme von Theilzahlungen *vor* Kündigung und Vorauszahlungen *nach* erfolgter Kündigung schließen den Verzicht auf das Kündigungsrecht ein. Nach Eintritt der Voraussetzungen des Kündigungsrechtes kann der Miether durch Befriedigung des Vermiethers die Kündigung abwenden, solange sie noch nicht erfolgt ist. In der Annahme von Zahlungen nach erfolgter Kündigung liegt ein Verzicht an sich nicht. Die erfolgte Kündigung kann vom Vermiether unwirksam gemacht werden, wenn er sich durch Aufrechnung befreien konnte und unverzüglich nach erfolgter Kündigung von der Aufrechnung Gebrauch macht (554). Im Falle der Kündigung hat der Vermiether für eine spätere Zeit empfangene Vorauszahlung nach 347 zurückzuerstatten, eventuell mit Zinsen von der Zeit des Empfanges an (555).

II. *Verpflichtung des Miethers zur sorgfältigen Behandlung der Sache, zur Einhaltung des vertragsmäßigen Gebrauches und zur Rückgabe nach Beendigung des Miethsverhältnisses.*

A. Der Miether hat nach 276 für *Vorsatz und Fahrlässigkeit* zu haften. Veränderungen und Verschlechterungen durch Zufall hat der Miether nicht zu vertreten. Der Vermiether hat den Anspruch auf Schadensersatz und bei erheblicher Gefährdung der Sache das Recht auf Kündigung nach 553.

B. Der Miether darf nur den *vertragsmäßigen Gebrauch*

Digitized by Google

von der Sache machen. Veränderungen und Verschlechterungen, die durch den vertragsmäßigen Gebrauch herbeigeführt werden, hat der Miether nicht zu vertreten (584), z. B. Abnutzung der Fußböden, Oefen, Thürschlösser ꝛc. Andernfalls hat der Vermiether

1. den Anspruch auf Schadensersatz. Derselbe verjährt wie der gleiche Anspruch im Falle A. (558) in sechs Monaten von dem Moment an, in welchem er die Sache zurückerhält. Mit der Verjährung des Anspruches auf Rückgabe verjährt auch der Ersatzanspruch.

2. Der Vermiether kann schon vor Rückgabe der Sache auf Unterlassung des vertragswidrigen Gebrauches klagen, wenn der Miether auf Abmahnung von dem vertragsmäßigen Gebrauch nicht abgeht (550, vgl. 1004).

3. Wenn der vom Miether trotz Abmahnung fortgesetzte vertragswidrige Gebrauch das Recht des Vermiethers erheblich verletzt, so steht dem Vermiether das Recht der Kündigung nach 553 zu.

C. Die Untermiethe. Ob der Miether den Gebrauch an andere Personen überlassen darf, hängt ab von der Vereinbarung. Ist eine solche nicht getroffen, so ist bestimmt (549): der Miether darf den Gebrauch der Sache nicht an andere Personen überlassen, insbesondere nicht weiter vermiethen (Untermiethe, Aftermiethe) ohne Erlaubniß des Vermiethers, weil die Person des Miethers in der Regel für den Vermiether von wesentlichem Interesse ist. Die Erlaubniß ist nicht Einwilligung oder Genehmigung[1] gemäß 182 ff., sondern, soweit sie nicht Vertrags- oder Nebenvertragserklärung ist, einseitige empfangsbedürftige Erklärung, welche auch der Form des Miethsvertrages (566) nicht bedarf. Es handelt sich hier nicht nur um die Ueberlassung nicht vertragsmäßigen Gebrauches, bei welchem das Verbot selbstverständlich wäre, sondern um die Ueberlassung des vertragsmäßigen Gebrauches. Das Interesse des Vermiethers an der Person des Miethers fällt hier nicht fort. Eine Ueberlassung des Gebrauches liegt nicht in der unentgeltlichen Aufnahme eines Anderen zur Mitbenutzung. Wird dem Miether die Erlaubniß verweigert, so kann der Miether unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist kündigen, wenn nicht in der Person des Dritten ein wichtiger Grund gegen die Ertheilung der Erlaubniß vorliegt (unehrenhaftes Gewerbe, der Sache gefährliches Gewerbe des Untermiethers). Selbstverständlich steht dem Miether das Kündigungs-

[1] A. M. Endemann I, § 169. Z. 5.

Digitized by Google

recht nicht zu, wenn die Untermiethe durch Vereinbarung ausgeschlossen war, auch wenn ein gewichtiger Grund für den Ausschluß nicht vorliegt. Das Kündigungsrecht bietet ein indirektes Schutzmittel des Miethers gegen chikanöse Verweigerung der Erlaubniß. Demnach ist weiter zu unterscheiden:

1. Der Miether überläßt den Gebrauch auf Grund der Vereinbarung oder Erlaubniß, also befugterweise. Dann hat

a. der Miether ein Verschulden des Dritten beim Gebrauche zu vertreten;

b. macht der Untermiether von der Sache einen vertragswidrigen Gebrauch und steht von demselben trotz Abmahnung nicht ab, so hat der Vermiether das Recht der sofortigen Kündigung (553), wenn der vertragswidrige Gebrauch die Rechte des Vermiethers in erheblichem Maße verletzt oder wenn der Untermiether die Sache durch Vernachlässigung der pflichtmäßigen Sorgfalt erheblich gefährdet.

2. Der Miether überläßt den Gebrauch unbefugterweise.

a. Selbstverständlich haftet auch hier der Miether wegen Verschuldens des Dritten. Er hat aber auch zufälligen, durch die Ueberlassung herbeigeführten Schaden zu ersetzen, wenn nicht der Schaden auch ohne diese Vertragswidrigkeit entstanden sein würde.

b. Der Vermiether hat das Recht der sofortigen Kündigung (553), wenn der Miether den Gebrauch dem Dritten trotz Abmahnung beläßt.

D. Die Anzeigepflicht (545).

Der Miether hat die Pflicht, dem Vermiether Mängel der gemietheten Sache und solche Fälle unverzüglich anzuzeigen, in denen Vorkehrung zum Schutze der Sache gegen eine nicht vorhergesehene Gefahr nothwendig wird. Ebenso, wenn sich ein Dritter ein Recht an der Sache anmaßt. Es handelt sich um Mängel, die sich während der Miethe ergeben, und Vorkommnisse aus dieser Zeit. Die Pflicht fließt zum Theil aus der Pflicht der Obhut über die Sache. Die Unterlassung hat zur Folge:

1. die Schadensersatzpflicht des Miethers bez. des aus der Unterlassung entstehenden Schadens. Kannte der Vermiether die Mängel ꝛc., so entfällt die Schadensersatzpflicht;

2. die Rechte auf Befreiung und Minderung aus 537 fallen fort, soweit der Vermiether in Folge der Unterlassung außer Stande war, Abhülfe zu schaffen;

Digitized by Google

3. der Miether kann unter den gleichen Voraussetzungen nicht ohne Fristbestimmung kündigen (542, Abs. 1, Satz 3);

4. er kann nicht nach 538 Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern.

E. In allen Fällen des Kündigungsrechtes wegen vertragswidrigen Gebrauches, unbefugter Ueberlassung und Vernachlässigung der Sache (553) hat der das Recht ausübende Vermiether den Miethszins, der für die spätere Zeit vorausbezahlt ist, zurückzuerstatten (555).

F. Die Pflicht zur Rückgabe.

1. Die Rückgabe hat nach Beendigung des Miethsverhältnisses zu erfolgen. Bei der Grundstücksmiethe hat der Miether wegen seiner Ansprüche gegen den Vermiether kein Zurückbehaltungsrecht (vgl. 273, 556, Abs. 2 und 580)[1]. Die Zurückbehaltung ist aber nur bez. des Grundstückes selbst ausgeschlossen, nicht aber bez. des Miethspreises[2]. Wohl aber kann sich der Miether darauf berufen, daß er nach Abschluß des Miethsvertrages vom Vermiether oder Dritten das Eigenthum erworben habe, und daß er von vornherein Eigenthümer gewesen sei und in Unkenntniß die eigene Sache gemiethet habe. Hat der Miether weiter vermiethet oder sonst den Gebrauch an einen Dritten überlassen, so kann der Vermiether nach Beendigung des Miethsverhältnisses die Sache auch von dem Dritten zurückfordern. Durch die Beendigung des Miethsverhältnisses wird die für eine längere Zeit eingegangene Untermiethe nicht beendigt. Ist der Vermiether Eigenthümer oder sonst dinglich berechtigt, so kann er mit der dinglichen Klage die Sache dem Untermiether abverlangen. Davon abgesehen, könnte der Vermiether nur gegen den Miether auf Räumung klagen. Das gegen den Miether erstrittene Urtheil würde gegen den Untermiether nach CPO. § 325 nur rechtskräftig und vollstreckbar werden, wenn der Untermiether nach Rechtshängigkeit des Anspruches die Innehabung erhielt. Das Gesetz giebt aber dem Vermiether die Räumungsklage auch gegen den Untermiether, sobald das Miethsverhältniß selbst beendigt ist (556)[3]. Darin liegt ein Fall gesetzlichen Schuldüberganges (vgl. 571. 1251)[4].

---

[1] Weil die Zurückbehaltung auf den Rückgabeanspruch unverhältnißmäßig einwirken würde. Stammler, a. a. O., S. 104, Note 3.

[2] Vgl. Goldschmidt, Arch. f. bürg. R. Bd. 15 (1898) S. 165, Note 22.

[3] CPO. § 709, Z. 1 findet Anwendung.

[4] Stammler, a. a. O., S. 210, Note 3. Oertmann, S. 278. Z. 3.

Digitized by Google

2. Giebt der Miether die Sache nicht zurück und liegt in der Fortsetzung des Gebrauches nicht eine stillschweigende Verlängerung des Miethsverhältnisses (568), so ist der Anspruch des Vermiethers für die Dauer der Vorenthaltung dahin beschränkt, daß er den vereinbarten Miethszins verlangen kann, soweit er nicht weiteren Schaden liquidirt (557).

G. Das Pfandrecht des Vermiethers an den eingebrachten Sachen des Miethers (559—563)[1].

1. Das Pfandrecht steht nur zu dem Vermiether eines Grundstückes.

2. Es besteht zur Sicherung der Forderungen aus der Miethe. Ausgenommen sind

a. künftige Entschädigungsforderungen[2].

b. Forderungen auf noch nicht fälligen Miethzins für eine spätere Zeit als das laufende und das folgende Miethsjahr. Gesichert sind also die Forderungen auf rückständigen Miethszins schlechthin. Hier ergiebt sich nur insofern eine Beschränkung (563), als, wenn eine dem Pfandrechte des Vermiethers unterliegende Sache für andere Gläubiger gepfändet wird (CPO. § 805), der Vermiether sein gesetzliches Pfandrecht nicht wegen des Miethszinses für eine frühere Zeit als das letzte Jahr vor der Pfändung geltend machen kann (563).

3. Das Pfandrecht ergreift nur die eingebrachten Sachen des Miethers.

a. Zu diesen gehören nicht diejenigen Sachen, die Accessorien eines Rechtes, z. B. einer Forderung sind, wie Schuldscheine, Versicherungspolicen ꝛc.

b. Ausgenommen sind eingebrachte Sachen Dritter, auch wenn der Vermiether zur Zeit der Einbringung in gutem Glauben war, also auch Sachen des Untermiethers, der Ehefrau und der Kinder, selbst wenn sie an dem Miethsgebrauch theilnehmen. Dagegen fallen unter das Pfandrecht die Sachen der Ehefrau, die bei allgemeiner Gütergemeinschaft, Errungenschaftsgemeinschaft, Fahrnißgemeinschaft unter das Gesammtgut fallen.

Andere nehmen actio utilis (Fischer-Henle) oder gesetzliche Cession der Klage des Miethers gegen den Untermiether oder Zustandsobligation (actio in rem scripta, Planck S. 309) an.

[1] Vgl. Groag, Das gesetzliche Pfandrecht des Vermiethers (1899).

[2] Vgl. RGesetz vom 9. Mai 1894, KO. §§ 19, 49 Z. 2.

Digitized by Google

c. Das Pfandrecht besteht kraft zwingenden Rechtes nicht an Sachen, die aus Gründen des öffentlichen Wohles nicht pfändbar sind oder die nicht gepfändet werden sollen (CPO. §§ 811, 812[1]).

4. Das Pfandrecht erlischt mit der Entfernung der Sachen vom Grundstücke, nicht aber durch Entfernung ohne Wissen oder unter Widerspruch des Vermiethers. Der Vermiether hat den Fortbestand des Pfandrechtes trotz Wegschaffung der Sachen zu beweisen. Der Widerspruch ist nicht berechtigt:

a. wenn die Wegschaffung der regelmäßigen Betriebe des Geschäftes des Miethers entspricht oder seinen gewöhnlichen Lebensverhältnissen, z. B. Verkauf von Waaren im Gewerbebetriebe, Mitnahme von Sachen auf Reisen, Fortgeben zur Reparatur außer Hause. Das gilt auch bez. der bereits fälligen Ansprüche;

b. wenn die zurückbleibenden Sachen zur Sicherung des Vermiethers offenbar ausreichen (560).

5. Das Pfandrecht an den einzelnen Sachen erlischt[1], wenn der Miether in Höhe ihres Werthes Sicherheit leistet (562) und im Falle Z. 6, b.

6. Der Inhalt des Pfandrechtes.

Im Allgemeinen finden nach 1257 die Vorschriften über das durch Rechtsgeschäft bestellte Pfandrecht Anwendung.

a. Soll das Pfandrecht wirksam sein, so muß der Vermiether in der Lage sein, die Entfernung der Sachen, soweit er ihr widersprechen kann, ohne Anrufen des Gerichtes, also im Wege der Selbsthülfe, zu verhindern und, wenn der Miether auszieht, die Sachen in Besitz zu nehmen.

b. Sind die Sachen ohne Wissen[2] oder gegen den Widerspruch des Vermiethers entfernt worden, so kann er eigenmächtig die Zurückschaffung und Inbesitznahme nur nach 229. 230 bewirken[3]. Der Vermiether kann aber nach Analogie von 1227 vom Miether uud vom dritten Besitzer, der nicht durch den guten Glauben gedeckt ist (936), die Herausgabe zwecks Zurückschaffung und, wenn der Miether ausgezogen ist, die Ueberlassung des Besitzes fordern. Hat der Vermiether von der Entfernung Kenntniß und macht er nicht innerhalb eines Monates nach Kenntniß den Anspruch gerichtlich geltend, so erlischt das Pfandrecht (561).

[1] Jastrow, Archiv f. sociale Gesetzgebung Bd. 12 (1898), S. 607 ff.

[2] Strafrechtlicher Schutz des Vermiethers nach RStr.GB. § 289.

[3] Abweichend Schepp, Das öffentl. R. im BGB. (1899) S. 52.

Digitized by Google

c. Der Miether kann die Geltendmachung des Pfandrechtes des Vermiethers durch Sicherheitsleistung abwenden (562).

§ 116.

Die Endigung der Miethe[1].

Gewisse Endigungsgründe sind dem Miethsverhältnisse eigenthümlich.

I. Das Miethsverhältniß endigt mit dem Ablaufe der Zeit, für welche es eingegangen ist (564, Abs. 1). Hier ist Kündigung nicht erforderlich. Wann, innerhalb welcher Fristen nach Beendigung der Miether die gemietheten Räume zu verlassen hat, bestimmt sich nach Landesrecht (EG. Art. 93)[2]. Ist die vereinbarte Miethszeit länger als 30 Jahre, so kann jeder Theil nach Ablauf von 30 Jahren gemäß 565 (vgl. II.) kündigen, d. h. unter Einhaltung der gesetzlichen Frist. Die Kündigung ist aber bei Verträgen auf die Lebenszeit des Miethers oder Vermiethers unzulässig (567).

II. Die Kündigung[3].

Die Fälle, in denen der Miether und Vermiether ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen können, sind Bd. I, §§ 114. 115 dargestellt. Außerdem besteht nach 567. 569. 570 ein gesetzliches Kündigungsrecht unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist. Die Kündigung steht, davon abgesehen, jedem Theile zu, wenn die Miethszeit nicht bestimmt ist (564, Abs. 2). Dahin gehört auch der Fall 566 (Mangel der Form) und 567 (Dauer von mehr als

[1] Materialien: M. II. S. 410 ff. P. II. S. 214 ff.; VI. S. 417. BRK. S. 72 ff. Begründung der Novelle zur CPO., S. 99. BRK. z. Nov. z. CPO., S. 325 f. Mat. z. EG., S. 136.

Litteratur: 1888: Bähr, Zur Beurtheilung, S. 78. 1889: Heuberger, Die Sachmiethe, bes. S. 135. 141. 143. 146 ff. 163 ff. Gierke, Der Entwurf, S. 241. 244. 1890: Cleß, Staat und Familie, S. 15. Boyens, GA., S. 710. 735. 1897: Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse, § 5. Bunsen I, §§ 72. 73. 1898: Weyl I, § 108. Mandry-Geib, § 81. Fuld, Das Miethsrecht, S. 142 ff. Leske, § 74. 1899: Kuhlenbeck, Von den Pandekten ꝛc. II, § 45. Krückmann, § 11. v. Buchka, § 17. Endemann I, § 170. Cosack I, § 137. Tränkner, Sächs. Arch., Bd. 9, S. 145 f. 165 f.

[2] Mecklenb.-Schwerin. AV. z. BGB., § 40. Mecklenb.-Strel. AV. z. BGB., § 39. Sachsen-Altenb. AG. z. BGB., § 32. Sachs.-Weim. AG. z. BGB., 34. Hamburg, AG. z. BGB., § 25. Anhalt. AG. z. BGB. Art. 27.

[3] Immerwahr, Die Kündigung (1898), S. 132 ff.

Digitized by Google

30 Jahren). Die Kündigung steht unter den Regeln der empfangsbedürftigen Willenserklärungen (130 ff. 174)[1].

A. Die Kündigungsfristen bei der Grundstücksmiethe (565. 566).

1. Die Kündigung ist nur für den Schluß eines Kalendervierteljahres zulässig und muß spätestens am dritten Werktage des Vierteljahres erfolgen.

2. Ist der Miethszins nach Monaten bemessen, so würde die Regel unter Z. 1 nicht passen. Hier ist die Kündigung nur für den Schluß eines Kalendermonates zulässig und hat spätestens am fünfzehnten des Monates zu erfolgen.

3. Ist der Miethszins nach Wochen festgesetzt, so ist Kündigung nur für den Schluß einer Kalenderwoche, d. h. für den Ablauf des Sonnabendes, nicht des Sonntages[2], zulässig und muß spätestens am ersten Werktage der Woche erfolgen.

4. Ob eine verspätete Kündigung für den nächsten zulässigen Termin gilt oder gänzlich unwirksam ist, hat die Auslegung zu ergeben.

B. Bei beweglichen Sachen hat die Kündigung spätestens am dritten Tage vor dem Tage, an welchem die Miethe erlöschen soll, zu erfolgen, wenn auch der Miethszins nach Jahren, Monaten oder Wochen bestimmt ist. Möglich ist allerdings, daß in dieser Vereinbarung liegt, die Miethszeit solle ein Jahr, einen Monat ꝛc. betragen (I.), oder ein Jahr ꝛc., wenn rechtzeitig gekündigt werde.

C. Bei Grundstücken und beweglichen Sachen ist, wenn der Miethszins nach Tagen bemessen ist, die Kündigung an jedem Tage auf den folgenden Tag zulässig.

D. Für die Fälle, in denen das Miethsverhältniß unter Einhaltung der gesetzlichen Frist gekündigt werden kann (z. B. 567. 569), gilt die Regel A. Z. 1 und B. Im Falle vom 569 und 570 ist die Kündigung für den ersten zulässigen Termin gestattet.

E. Im Falle von 566 ist die Kündigung nicht für eine frühere Zeit als für den Schluß des ersten Jahres zulässig.

III. Tod des Miethers (569). An sich besteht nach Tod der Parteien das Miethsverhältniß unter den Erben fort. Der Tod des Miethers hat aber den Einfluß, daß sowohl der Erbe wie der

---

[1] Mit der Kündigung kann auch die Klage auf Räumung verbunden werden. CPO. § 257.

[2] Oertmann, S. 287. Neumann, zu 565. A. M. Planck, S. 315. Cosack I, S. 478.

Digitized by Google

Vermiether das Miethsverhältniß unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist kündigen können (vgl. II. D.). Stirbt einer von mehreren Miethern, so entfällt das Kündigungsrecht für und gegen die übrigen. Darin liegt eine Anerkennung der Bedeutung der Persönlichkeit des Miethers für den Miethsvertrag.

IV. Versetzung des Miethers in seiner Eigenschaft als Beamter, Militärperson, Geistlicher oder Lehrer an öffentlichen Unterrichtsanstalten an einen andern Ort giebt dem Miether das Recht der Kündigung unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist auf den ersten zulässigen Termin bez. aller Räume (Wohnung, Stallungen), die er für sich oder seine Familie an dem bisherigen Garnisons- oder Wohnort gemiethet hat (570)[1].

V. Stillschweigende Verlängerung der Miethe (relocatio tacita).

Nach Ablauf der Miethszeit setzt häufig der Miether den Gebrauch der Sache fort. Das Miethsverhältniß gilt dann als auf unbestimmte Zeit verlängert, wenn nicht die Parteien ihren entgegengesetzten Willen binnen einer Frist von zwei Wochen einander erklären. Für den Miether läuft die Frist mit der Fortsetzung des Gebrauches, für den Vermiether mit dem Zeitpunkt, in dem er von der Fortsetzung erfährt. Auf die verlängerte Miethe findet also 564, Abs. 2 und 565 Anwendung.

§ 117.

Die Veräußerung und Belastung der Miethssache[2].

I. Bei der Miethe beweglicher Sachen gilt der Grundsatz: Kauf bricht Miethe. Veräußert der Miether, so wird zwar der

---

[1] Schepp, Das öffentl. Recht im BGB. (1899), S. 52 f.

[2] Materialien: M. II. S. 380 ff. P. II. S. 136 ff. 159 ff. 163 ff. 169 ff. 174. 221 ff. 268. VI. S. 501. D. S. 76 ff. BRR., S. 73. Begründung der Nov. z. KO., S. 242. 327 f.

Litteratur: 1888: Bähr, Zur Beurtheilung, S. 73. 76 ff. v. Meibom, Jur. Tag 19, Bd. 2, S. 3 ff. Eck, ebenda, S. 229 ff. Fischer, ebenda, S. 312 ff. Jur. Tag 19, Bd. 3, S. 36 ff. 73 ff. 301. Hartmann, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 73, S. 388 ff. Klöppel, Gruch. Beitr., Bd. 32, S. 654. 856 ff. 1889: Jaeckel, Jur. Tag 20, Bd. 2, S. 263 ff. Fischer, ebenda, S. 312 ff. Jur. Tag 20, Bd. 4, S. 205 ff. 426 ff. Jacobi, Miethe und Pacht, S. 51 ff. Heuberger, Die Sachmiethe, S. 83. 85 ff. Planck, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 75, S. 411 ff. Bähr, Krit. VJSchr., Bd. 31, S. 354 ff. 368. Gierke, Der Entwurf, S. 74. 190 f. 238. 241. Derselbe, Die soziale Aufgabe d. Priv.-

Digitized by Google

Miethsvertrag zwischen Vermiether und Miether nicht berührt, der Erwerber ist aber an den Miethsvertrag nicht gebunden, sondern kann kraft seines dinglichen Rechtes sofort die Herausgabe vom Miether verlangen. Der Miether kann auch, wenn er im Besitze ist, die Uebertragung des Eigenthumes auf den Erwerber nicht hindern (931. 934), er kann sich aber in solchem Falle nach 986, Abs. 2 dem neuen Eigenthümer gegenüber durch Berufung auf den Miethsvertrag für die Dauer der Miethszeit behaupten. Davon abgesehen ist er auf die Schadensersatzforderung gegen seinen Vermiether verwiesen.

II. Bei der Grundstücksmiethe gilt dagegen der Grundsatz: Kauf bricht nicht Miethe.

A. Im bisherigen Rechte bestand eine verschiedene Regelung.

1. Im gemeinen Recht galt der Satz: Kauf bricht Miethe, in Konsequenz der rein obligatorischen Natur der Miethe. Daher kein Schutz des Miethers gegen den Erwerber, der die Herausgabe der Sache verlangt.

2. Nach preußischem Recht ist der Miether dinglich berechtigt, sobald die Uebergabe der Sache stattgefunden hat, bei Grundstücken auch ohne Eintragung im Grundbuche. Daher ist der Miether für die Miethszeit auch gegen den Erwerber geschützt. Für den Fall der nothwendigen gerichtlichen Veräußerung der Sache aber muß der Miether sich Kündigung gefallen lassen und räumen.

3. Das französische Recht unterscheidet: ist der Miths-

Rechts (Vortrag), S. 26. Bernhöft, Beitr., H. 12, S. 72 ff. v. Ihering, Der Besitzwille, S. 449 ff. Opitz, Gutachten, S. 59 ff. Jacobi, Arch. für bürgerl. Recht, Bd. 2, S. 40 ff. Fuchs, Das Wesen der Dinglichkeit, S. 104 ff. Kindel, Das Recht an der Sache, S. 418 ff. 433 ff. Lippmann, Arch. f. bürg. Recht, Bd. 3, S. 32 ff. 99 ff. Cosack, Beitr., H. 13, S. 60. Verhandlungen des Pr. Landes-Ök.-Koll., S. 27 ff. 163 ff. 169 ff. 273 ff. 488 ff. 586 ff. 590 ff. 595 ff. 602 ff. 605. 901. Klöppel, Gruch. Beitr., Bd. 33, S. 835 ff. 1890: Boyens, GA., S. 693 ff. Coith, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 76, S. 208 ff. Cleß, Staat und Familie, S. 15. Kindel, Jahrbuch für Dogm., Bd. 29, S. 407. 468 ff. 1892: Jakubezky, Bemerk., S. 120 ff. 1897: Jünger, Bricht Kauf die Miethe? Bunsen I, § 73. Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse, § 5. 1898: v. Brünneck, Gruch. Beitr., Bd. 42, S. 291 ff. Weyl I, § 108. Fuld, Das Miethsrecht ꝛc., S. 163 ff. 207 ff. Leske, § 73. 1899: Kuhlenbeck, Von den Pandekten ꝛc. II, § 45. Krückmann, § 11. v. Buchka, § 17. Endemann I, § 160. Cosack II, § 243. Tränkner, Sächs. Arch., Bd. 9, S. 154 ff.

Digitized by Google

vertrag erweislich vor dem Veräußerungsvertrage geschlossen, so ist der neue Erwerber an den Miethsvertrag gebunden. Ist das Vertreibungsrecht im Miethsvertrage vorbehalten, so muß der Miether dem Erwerber nach Kündigung mit Kündigungsfrist weichen, sobald er entschädigt ist. Ist der Miethsvertrag nicht erweislich vor der Veräußerung geschlossen, so ist der Miether verpflichtet, nach Kündigung und Ablauf der Kündigungsfrist schlechthin zu weichen. Alles gilt auch für den Fall der Zwangsvollstreckung.

Das sächsische Recht und andere Rechte folgen dem gemeinen Rechte, lassen aber den Miether dem Erwerber nur weichen, wenn gekündigt und eine bestimmte Frist verstrichen ist. Macht der Erwerber keinen Gebrauch von der Kündigung zum ersten möglichen Termin, so gilt er als in den Vertrag eingetreten. Auch wenn das Miethsverhältniß in das Grundbuch eingetragen ist, ist der Erwerber an den Miethsvertrag gebunden, aber häufig mit Ausnahme des Falles der Zwangsversteigerung.

B. Das BGB. erkennt den Satz: Kauf bricht nicht Miethe, an. (Anders E. I., der den umgekehrten Satz aufstellte, aber den Miether keineswegs schutzlos ließ.) Die Grundsätze des BGB. gelten mit Modifikationen auch für die Fälle, in denen der Nießbraucher, der Ehemann kraft seines Rechtes am eingebrachten Gut, der Inhaber der elterlichen Gewalt und der Vorerbe Miethsverträge über die Dauer ihres Rechtes hinaus abgeschlossen haben (1056. 1423. 1663. 2135).

1. Der Schutz des Miethers tritt aber nur ein, wenn zur Zeit der Veräußerung das Grundstück bereits an den Miether überlassen war, mag er auch später, zur Zeit des Erwerbes des Dritten, nicht mehr im Besitze sein. Erst dann ist der Miethsvertrag dem Erwerber erkennbar und sein Eintritt in denselben (Z. 2.) gerechtfertigt. Der Miether, der noch im Besitze ist, soll sich durch Vertragsstrafe und Sicherungshypothek für seinen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung sichern. Andererseits würde regelmäßig der Schaden des Miethers, der in das Grundstück eingezogen ist und nun dem Erwerber weichen mußte, weit beträchtlicher sein.

2. Der Erwerber tritt an Stelle des Vermiethers in die sich während der Dauer seines Eigenthumsrechtes aus der Miethe ergebenden Rechte und Verpflichtungen ein. Ueber Inhalt und Tragweite dieser Bestimmung (571, Abs. 1) gehen die Auffassungen auseinander. Man hat darin eine Anerkennung der dinglichen

Digitized by Google

Natur der Miethe gesehen[1], die wenigstens dann anzunehmen sei, sobald dem Miether der Besitz überlassen sei. Die Miethe gibt aber dem Miether kein dingliches Recht; denn das BGB. gibt keinen Erwerb dinglicher Rechte an Grundstücken durch bloße Besitzeinräumung, es gibt dem Miether keine dingliche Klage. Auch nach 577 und in der Zwangsvollstreckung wird das Recht des Miethers nicht als dingliches Recht behandelt (vgl. Bd. I, § 118)[2] — Andere sehen in der Miethe eine Real- oder Zustandsobligation, das zweiseitige Schuldverhältniß verknüpfe sich mit dem Eigenthum am Grundstück, sei aber doch von einer Reallast und Realberechtigung verschieden[3]. Dagegen spricht, daß auch der Erwerber dinglichen Rechtes (Nießbraucher) nach 577 an Stelle des Vermiethers eintreten soll, und die Vorschrift in 579. — Mit dem Gesetze ist nur vereinbar die Auffassung, welche kraft Gesetzes den Erwerber in die Rechte und Pflichten aus dem Miethsverhältniß mit dem Eigenthumsübergange eintreten läßt (beschränkter Uebergang des Schuldverhältnisses). Das Miethsverhältniß zwischen Vermiether und Miether wirkt allerdings noch fort, der Vermiether haftet weiter, aber abgeschwächt nach Art des Bürgen (571, Abs. 2. 579) für die Verbindlichkeiten des Erwerbers. Sobald auch diese Haftung erlischt, tritt der Erwerber allein als Vermiether dem Miether gegenüber (vgl. 1251)[4].

a. Der Erwerber hat die Pflichten des Vermiethers. Gegen Uebermaß der Last ist er außer durch die Beschränkung auf die Besitzmiethe (Z. 1) dadurch gesichert, daß Miethsverträge über Grundstücke auf längere Zeit als ein Jahr der schriftlichen Form bedürfen und daß der Veräußerer verpflichtet ist, dem Erwerber über das Bestehen von Miethsverträgen Auskunft zu geben und die betreffenden Urkunden mitzutheilen (444. 445). Der Uebergang bezieht

[1] So Cosack I, S. 468, Z. 7. 472, Z. 5. II. § 243. Meisner zu 571, Z. 3. Kuhlenbeck, Von den Pandekten II, S. 306 u. A. A.

[2] Vgl. auch EG., Art. 188, Abs. 2.

[3] Vgl. Schollmeyer (1897), S. 51 f. Planck, S. 319. Crome, Jahrbuch f. Dogm., Bd. 37 (1897), S. 1 ff. Oertmann, S. 292. 293 f. S. auch P. II. S. 139. Dagegen Rönnberg, Arch. f. bürg. R., Bd. 17 (1899), S. 78 ff.

[4] Stammler, a. a. O. S. 187, Note 1. Rönnberg, a. a. O. (Note 3). R. scheidet scharf zwischen Eintritt des Erwerbers in die Rechte und Pflichten aus dem Miethsverhältniß und dem Eintritt in dieses selbst. Ersterer tritt mit dem Eigenthumserwerbe, letzterer erst dann ein, wenn der Vermiether aus jeder Haftung ausscheidet. M. E. ist diese Scheidung nicht erforderlich und nicht unbedenklich, weil das Gesetz nicht sagt, daß in dem letzteren Stadium sich die Stellung des Erwerbers inhaltlich ändere.

Digitized by Google

sich auf alle, nicht nur die gesetzlichen Pflichten aus dem Miethsvertrage.

b. Der Erwerber hat alle Rechte des Vermiethers vom Momente des Erwerbes an. Er hat das Kündigungsrecht, Genehmigungsrecht bez. der Untermiethe und an sich auch den Anspruch auf den in die Zeit seines Eigenthumes fallenden Miethszins (571, Abs. 1).

c. Es treten aber Modifikationen dieser Grundsätze ein.

α. Hat der Miether dem Vermiether Sicherheit geleistet, so tritt der Erwerber in die Rechte aus der Sicherheit ein, dagegen ist er zur Rückgewähr der Sicherheit nur verpflichtet, wenn er sie erhalten hat oder wenn er dem Vermiether gegenüber die Pflicht zur Rückgewähr gemäß 328 ff. übernimmt (572).

β. Nach b. brauchte der Erwerber Vorausverfügungen des Vermiethers, d. h. Verfügungen aus der Zeit vor dem Uebergange des Eigenthumes, über denjenigen Miethszins, der in die Zeit des Eigenthumes des Erwerbers fällt, nicht anzuerkennen (z. B. Verpfändungen, Abtretungen der Miethszinsforderung). Mit Rücksicht auf die wirthschaftliche Lage des Vermiethers ist aber bestimmt (vgl. 1124), daß solche Verfügungen insoweit wirksam sind, als sie sich auf den Miethszins für das zur Zeit des Ueberganges des Eigenthumes laufende und das folgende Kalendervierteljahr beziehen. Beziehen sie sich auf den Miethszins für eine spätere Zeit, so hat der Erwerber sie nur dann gegen sich gelten zu lassen, wenn er sie zur Zeit des Ueberganges des Eigenthumes gekannt hat. Tritt z. B. der Vermiether am 2. Januar 1900 den Miethszins auf die drei ersten Kalendervierteljahre des laufenden Jahres an X ab und überträgt er das Eigenthum am 31. Januar 1900 an Z, so hat X Anspruch auf den Miethszins für zwei Quartale; erweist er aber die Kenntniß des Z, so hat er Anspruch auf den Miethszins für drei Quartale. Hat der Z. die Abtretung zwar bei Uebergang des Eigenthumes gekannt, nicht aber bei Abschluß des Veräußerungsgeschäftes, so kann er vom Veräußerer Schadensersatz verlangen (573).

γ. Nach dem Prinzipe (a., b.) würden Rechtsgeschäfte, die der Miether mit dem Vermiether vor Eigenthumsübergang, aber für die Zeit nach Uebergang des Eigenthumes, oder die er nach Eigenthumsübergang über die Miethzinsforderung (Vorauszahlungen, Erlaß, Stundung) abschließt, den Erwerber nicht berühren. Zu Gunsten des Miethers ist aber bestimmt (574, nach Analogie von 400. 401, Abs. 1):

Digitized by Google

Rechtsgeschäfte in Ansehung der Miethszinsforderung hat der Erwerber gegen sich gelten zu lassen, wenn es sich nicht um den Miethszins für eine spätere Zeit als das Kalendervierteljahr, in dem der Miether von dem Eigenthumsübergange Kenntniß erlangt und das folgende Vierteljahr handelt, und wenn der Miether bei der Vornahme des Rechtsgeschäftes nach Eigenthumsübergang von dem Uebergange keine Kenntniß hatte. Der Miether hat z. B. im Jahre 1900 den Vertrag geschlossen, am 2. Januar 1901 tritt der Eigenthumsübergang an X ein. Die Zahlung des Miethszinses vom Miether an den Vermiether erfolgt für drei Quartale 1901 nach dem 2. Januar 1901. Kann der Erwerber beweisen, daß der Miether schon zur Zeit der Zahlung den Eigenthumsübergang kannte, so ist die Zahlung ihm gegenüber unwirksam; beweist er, daß diese Kenntniß im ersten Quartal 1901 eintrat, so ist nur die Zahlung für das dritte Quartal 1901 ihm gegenüber nnwirksam.

Soweit sich der Miether hiernach mit Wirkung gegen den Erwerber durch Zahlung an den Vermiether hätte befreien können, kann er gegen die Miethszinsforderung des Erwerbers mit jeder Forderung gegen den Vermiether aufrechnen, wenn er nicht diese Gegenforderung erst nach Kenntniß von dem Eigenthumsübergange erworben hat, oder wenn nicht diese Forderung erst nach erlangter Kenntniß und später als die Miethszinsforderung fällig geworden ist (575, vgl. 406).

δ. Der Miether, welcher von der Veräußerung Kenntniß erhalten hat und an den Erwerber zahlt, könnte in die Gefahr kommen, noch einmal an den Vermiether zahlen zu müssen, wenn die Veräußerung nicht oder nicht wirksam erfolgt ist. Dagegen sichert die Bestimmung in 576, vgl. 409, Abs. 1, Satz 1, Abs. 2. Hat der Vermiether die Uebertragung des Eigenthumes auf den Dritten angezeigt, so muß er in Ansehung der Miethszinsforderung dem Miether gegenüber die angezeigte Uebertragung gegen sich gelten lassen, auch wenn sie nicht erfolgt oder unwirksam ist oder der Miether die Unrichtigkeit der Anzeige kennt. Das Gleiche gilt, wenn die Eintragung der Uebertragung im Grundbuch stattgefunden hat (893). In der Zurücknahme der Anzeige liegt eine Disposition über das Recht des in der Anzeige als Erwerber Bezeichneten; sie bedarf daher seiner Zustimmung.

C. Der Vermiether belastet nach Ueberlassung an den Miether das vermiethete Grundstück mit Rechten Dritter (Erbbaurecht, Nießbrauch, Grunddienstbarkeit) (577).

Digitized by Google

1. Wenn die Ausübung des belastenden Rechtes dem Miether den vertragsmäßigen Gebrauch entzieht, so findet das unter B. Gesagte Anwendung (571—576).

2. Tritt nur eine Beschränkung des Miethers im Gebrauche ein, so ist der Dritte dem Miether gegenüber verpflichtet, sich der Ausübung soweit zu enthalten, als sie den vertragsmäßigen Gebrauch beeinträchtigen würde.

D. Die Verpflichtung des Vermiethers im Falle der Veräußerung und Belastung nach Ueberlassung (571, Abs. 2). Mit dem Eintritt des Erwerbers erlischt nicht jede Verpflichtung des Vermiethers. Allerdings kann der Miether zunächst jetzt nur den Erwerber auf Erfüllung belangen. Der Vermiether haftet aber neben dem Erwerber weiter wie ein Bürge, dem die Einrede der Vorausklage (771) in Folge Verzichtes nicht zusteht (773, Z. 1). Der Miether kann also den Vermiether belangen, wenn der Erwerber nicht erfüllt. Diese Haftung des Vermiethers dauert aber nicht schlechthin fort. Sie erlischt, wenn nach Kenntniß von dem Uebergange des Eigenthumes der Miether nicht das Miethsverhältniß für den ersten zulässigen Termin kündigt. In der Unterlassung der Kündigung wird eine Entlassung aus der Haftung für die Zukunft[1] und Einverständniß des Miethers mit dem Personenwechsel gesehen. Wir haben damit den Satz, daß die Haftung des Vermiethers in einer bestimmten Frist nach Kenntniß des Miethers vom Eigenthumsübergange erlischt. Selbstverständlich kann der Miether den Vermiether schon früher seiner Haftung entlassen.

E. Weiterveräußerung und Weiterbelastung durch den Erwerber (579). Das Verhältniß regelt sich nach dem unter A—C. Bemerkten. Erfüllt der weitere Erwerber aber seine Verpflichtungen nicht, so kann der Miether den ersten Vermiether, nicht den weiterveräußernden Erwerber, nach D. belangen, und ist dieser aus der Haftung entlassen, so tritt, was das Gesetz allerdings nicht ausspricht, der Erwerber als Vermiether an die Stelle[2].

---

[1] Planck zu 571. Fuld, a. a. O., S. 212. A. M. Oertmann, S. 294 f.

[2] Dagegen Planck zu 579. Oertmann, S. 299 f. Zu dem im Text bezeichneten Resultat gelangt Rönnberg, a. a. O., S. 85, auf Grund seiner Auffassung, daß mit dem Erlöschen der Haftung des Vermiethers der Erwerber in das Schuldverhältniß eintrete. Ich glaube, daß die Vorschriften des Gesetzes auch ohne diese Auffassung zu diesem Resultate führen müssen, wenn man ihren Zweck (Schutz des Miethers) beachtet.

Digitized by Google

F. Veräußerung und Belastung vor Ueberlassung der Miethssache (578). Die Belastung mit einem Rechte kommt in Frage, soweit durch dessen Ausübung der vertragsmäßige Gebrauch dem Miether entzogen oder beschränkt wird.

1. Veräußerung und Belastung erfolgen durch den Vermiether. Der Schuldvertrag zwischen Vermiether und Miether wirkt nur dann nach A. bis D., wenn der Erwerber dem Vermiether gegenüber die Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Miethsverhältniß übernommen hat, d. h. der Miether hat die gleichen Rechte, die er ohne die Uebernahme haben würde, wenn er bereits den Besitz gehabt hätte.

2. Weiterveräußerung und Weiterbelastung erfolgen durch den Erwerber. Unter der gleichen Voraussetzung der Uebernahme der Verpflichtungen durch den Erwerber und den weiteren Erwerber finden die Vorschriften unter E. Anwendung.

3. Hat eine Uebernahme durch den Erwerber und weiteren Erwerber nicht stattgefunden, so ist der Miether auf seinen Anspruch gegen den Vermiether beschränkt.

G. Das unter A. bis F. Bemerkte bezieht sich nur auf Fälle der freiwilligen Veräußerung und Belastung (vgl. Bd. I, § 118).

§ 118.

Das Miethsverhältniß in der Zwangsversteigerung und im Konkurse[1].

I. Wird das vermiethete Grundstück im Wege der Zwangsversteigerung veräußert, so gilt der Satz: Kauf bricht Miethe. Der Ersteher hat das Recht, zu dem ersten Kündigungstermin unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfristen dem Miether zu kündigen, wenn nicht die Versteigerungsbedingungen den Ersteher verpflichten, in den Miethsvertrag einzutreten. Kündigt der Ersteher zu dem ersten zulässigen Termin, so ist der Miether auf den Schadensersatzanspruch gegen den Vermiether angewiesen.

Unterläßt der Ersteher die rechtzeitige Kündigung, so gilt wieder, wie bei den freihändigen Veräußerungen, der Satz: Kauf bricht nicht Miethe (ZVG. § 57, vgl. Bd. I, § 117).

II. Der Konkurs über das Vermögen des Miethers oder Vermiethers äußert verschiedene Wirkungen[2].

[1] Materialien und Litteratur s. Bd. I, § 117, Note 2. Vgl. Sohm, Th., D. Jur.-Ztg., Jahrg. 4 (1899), S. 150 f. 252.

[2] v. Buchka, Oetker, Lehmann, Civilprozeßordnung, Konkursordnung, Handelsgesetzbuch in alter und neuer Gestalt (1899), S. 140 f.

Digitized by Google

A. Kommt es zum Konkurse des Miethers, so ist es für die vorliegende Frage von Bedeutung, ob die Konkurseröffnung nach oder vor der Ueberlassung der Miethssache an den Gemeinschuldner eingetreten ist.

1. War die Ueberlassung zur Zeit der Eröffnung noch nicht erfolgt, so kann der Vermiether von dem Vertrage zurücktreten (KO. § 20, Abs. 1). Der Konkursverwalter kann den Vermiether zur unverzüglichen Erklärung über die Ausübung seines Rücktrittsrechtes auffordern. Gibt der Vermiether diese Erklärung nicht rechtzeitig ab, so verliert er das Recht zum Rücktritt (KO. § 20, Abs. 2). Der Verwalter kann dann seinerseits auf Erfüllung des Vertrages bestehen oder den Vertrag als nicht geschlossen behandeln. Der Vermiether kann den Verwalter zur unverzüglichen Erklärung darüber auffordern, ob er auf der Erfüllung bestehe. Unterläßt der Verwalter diese Erklärung, so kann er auf Erfüllung nicht bestehen (KO. § 17, Abs. 2). Die Schadensersatzforderung des Vermiethers bleibt vom Bestand (KO. § 26).

2. Wenn die Eröffnung des Konkurses nach der Ueberlassung eintritt, so bleibt zwar der Miethsvertrag von Bestand, aber Vermiether und Verwalter haben ein Kündigungsrecht mit Einhaltung der gesetzlichen oder der kürzeren vereinbarten Kündigungsfrist. Das Kündigungsrecht besteht also auch, wenn der Vertrag auf bestimmte Zeit geschlossen war. Kündigt der Verwalter, so hat der Vermiether einen Schadensersatzanspruch (KO. § 19, vgl. §§ 49, Z. 2; 59, Z. 2), nicht aber die Masse, wenn der Vermiether kündigt.

B. Verfällt der Vermiether in Konkurs und ist

1. bei Eröffnung des Konkurses die Ueberlassung der Miethssache noch nicht erfolgt, so hat der Verwalter die Wahl, von dem Vertrage zurückzutreten oder auf dessen Erfüllung zu bestehen. Auf Erfüllung kann er nicht mehr bestehen, wenn er sich auf Aufforderung des Miethers nicht unverzüglich darüber erklärt, ob er Erfüllung verlangen will. Wählt der Verwalter die Erfüllung, so steht er darin völlig an Stelle des Vermiethers (KO. § 17).

2. Ist dagegen die Eröffnung des Konkurses erst nach Uebergabe erfolgt, so bleibt der Vertrag von Bestand (KO. § 21, Abs. 1).

Bei der Miethe von Grundstücken, Wohn- und anderen Räumen hat aber der Konkursverwalter Vorausverfügungen des Vermiethers über den Miethszins nur insoweit anzuerkennen,

Digitized by Google

als sich diese Verfügungen auf das zur Zeit der Konkurseröffnung laufende und das folgende Kalendervierteljahr beziehen (KO. § 21, Abs. 2).

Die freihändige Veräußerung des Miethsgrundstückes durch den Konkursverwalter wirkt in diesem Falle in dem Verhältniß des Miethers und Erwerbers wie eine Zwangsversteigerung (vgl. I).

§ 119.

Die Pacht[1].

I. Begriff.

Die Pacht ist der gegenseitige Vertrag, durch den sich der Verpächter zur Ueberlassung des Gebrauches und des Fruchtgenusses am Pachtgegenstande an den Pächter, der Pächter sich zur Zahlung des vereinbarten Pachtzinses an den Verpächter verpflichtet (581).

Der Pachtvertrag unterliegt i. A. den Bestimmungen über den Miethsvertrag[2]. Ist ein Grundstück vermiethet, zugleich aber auch ein anderes mit diesem zum Fruchtgenuß überlassen, so ist für die Entscheidung, ob Miethe oder Pacht vorliegt, maßgebend, welcher Gegenstand die Hauptsache ist. Hat man sich für Miethe entschieden, so würden doch bez. gewisser Einzelheiten des Vertrages die Grundsätze der Pacht Anwendung finden.

II. Der Abschluß des Pachtvertrages erfolgt durch

[1] Materialien: M. II. S. 368. 421 ff. P. II. S. 232 ff. 515 f.; III. S. 490: VI. S. 499 f. 521. 759. D. S. 70 ff. BRK. S. 74 ff. Begründung der Nov. z. CPO., S. 151 f. LRK. z. CPO., S. 418 f. Begründung d. Nov. z. KO., S. 237. 242.

Litteratur: 1888: Hartmann, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 73, S. 358 ff. 1889: Gierke, Der Entw., S. 240 ff. Derselbe, Beitr., H. 18, S. 108. Verhandlungen d. Pr. Landes-Oek.-Koll., S. 221. 277. 279 ff. 564. 568. 570 ff. 577 ff. 609 ff. 902. Jacobi, Miethe und Pacht. 1890: Boyens, GA., S. 721 ff. 735 ff. 745 ff. 1891: Jacoby, Annalen d. d. Reichs, S. 90. Mittelstein, Arch. f. bürg. R., Bd. 5, S. 283 f. 1892: Bähr, Gegenentw., S. 108 ff. Jakubezky, Bemerk., S. 119 f. 125 ff. 133 ff. 1893: Grützmann, Sächs. Archiv, Bd. 3, S. 430 ff. 1897: Scholl-meyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse, § 5. Bunsen I, § 74. 1898: Weyl I, § 109. Mandry-Geib, S. 455. v. Blume, Jahrb. f. Dogm., Bd. 39, S. 429 ff. Leske, §§ 75—77. Stobbe-Lehmann III § 235. 1899: Kuhlenbeck, Von den Pandekten ꝛc. II § 45. Krückmann, § 11. v. Buchka, § 17. Endemann I, § 171. Cosack I, §§ 134—137. Tränkner, Sächs. Arch., Bd. 9, S. 145 ff.

[2] Auch 544. 580 finden Anwendung, z. B. bei der Pacht eines Hotels. Oertmann, S. 301 gegen Planck zu 581.

Digitized by Google

Einigung der Parteien über den Pachtgegenstand, den Pachtzweck (Gebrauch, Fruchtgenuß), die Pachtzeit und den Pachtzins.

A. Der Pachtvertrag über bewegliche Sachen und Rechte bedarf einer Form nicht. Für die Pacht von Grundstücken gilt die gleiche Formvorschrift (566) wie für die Miethe von Grundstücken. Ist daher der Pachtvertrag für längere Zeit als ein Jahr unter Nichtbeachtung der schriftlichen Form geschlossen, so gilt er als auf unbestimmte Zeit geschlossen. Daher findet 595, Abs. 1 Anwendung (vgl. VI.).

B. Gegenstand der Pacht sind nicht nur Sachen (bewegliche Sachen, Grundstücke), sondern auch andere Gegenstände, besonders Rechte, wie z. B. Nießbrauch, Patentrechte ꝛc. (581). Besondere Bedeutung hat die Pacht von Grundstücken und hier wieder die Pacht landwirthschaftlicher Grundstücke und solche von Landgütern.

C. Der Zweck der Pacht ist nicht nur Ueberlassung des Gebrauches, sondern auch des Fruchtgenusses, und zwar die Ueberlassung des Gebrauches ohne Rücksicht auf die Nothwendigkeit desselben zum Fruchtgenusse (581).

D. Wesentlich ist auch hier die Vereinbarung eines Pachtzinses. Es gilt das Gleiche für ihn wie für den Miethszins. Der Pachtzins kann auch in einer Quote der Früchte (colonia partiaria)[1] bestehen (581).

III. Die Verpflichtungen des Verpächters.

Der Verpächter hat dem Pächter den Gebrauch der Sache und den Genuß der Früchte zu gewähren. Es gilt hier das Gleiche wie für die entsprechende Pflicht des Vermiethers. Die Ueberlassung zum Fruchtgenuß bezieht sich auf diejenigen Früchte, die nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirthschaft als Ertrag anzusehen sind (581). Der Verpächter hat daher den Pachtgegenstand in einem zu dem vertragsmäßigen Gebrauche und zu dem vorher beschriebenen Fruchtgenuß geeigneten Zustande zu überlassen und während der Pachtzeit in diesem zu erhalten. Daraus folgt, daß der Verpächter einen Zufall, der den Pachtgegenstand selbst trifft und den vertragsmäßigen Gebrauch oder die Fruchtziehung ausschließt oder beschränkt, zu tragen hat, daß dagegen einen Zufall, der die Früchte oder deren Entstehung trifft, der Pächter trägt. Er hat keinen Anspruch auf Nachlaß am Pachtzinse (remissio mercedis) und kein Rücktrittsrecht.

[1] Darüber ausführlich Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte (1897), S. 37 ff.

Digitized by Google

Bei totalem Untergange des Pachtgegenstandes ist der Verpächter zur Wiederherstellung nicht verpflichtet, wohl aber bei theilweisem Untergange. Der Verpächter hat also auch die Erhaltungspflicht. Davon wird (vgl. 536) eine Ausnahme bei der Pacht landwirthschaftlicher Grundstücke gemacht. Der Pächter hat hier die gewöhnlichen Ausbesserungen, insbesondere die der Wohn- und Wirthschaftsgebäude, der Wege, Gräben und Einfriedigungen, auf seine Kosten zu bewirken (582). Im Uebrigen stehen dem Pächter die Rechte und Ansprüche des Miethers zu aus der Gewährleistungspflicht wegen physischer Mängel und wegen Mangels im Rechte, ferner das Kündigungsrecht wegen verspäteter Ueberlassung des Gebrauches und wegen Gesundheitsgefährlichkeit. Der Verpächter hat auch die auf der Sache ruhenden Lasten zu tragen und dem Pächter die nothwendigen Verwendungen auf die Sache zu ersetzen (vgl. aber 591—593 und IV.), soweit sie nicht zur gewöhnlichen Ausbesserung gemacht sind (582).

Ein Zurückbehaltungsrecht steht dem Pächter eines Grundstückes nicht zu. Ueber das gesetzliche Pfandrecht am Inventar vgl. V.

IV. Die Verpflichtungen des Pächters.

A. Der Pächter ist wie der Miether zur Entrichtung des Pachtzinses verpflichtet. Hinsichtlich der Zeit der Entrichtung ergiebt sich eine Modifikation bei der Pacht landwirthschaftlicher Grundstücke. Ist der Pachtzins nach Jahren bemessen, so ist er nicht vierteljährlich, sondern nach dem Ablauf je eines Pachtjahres am ersten Werktage des folgenden Jahres zu entrichten. Wegen Nichtzahlung des Pachtzinses hat der Verpächter die gleichen Rechte wie der Vermiether (Klage, Kündigung). Der Pächter hat die Pflicht sorgfältiger Behandlung, die Pflicht der Einhaltung des vertragsmäßigen Gebrauches und Fruchtgenusses und der Rückgabe. Bei der Pacht landwirthschaftlicher Grundstücke ist ihm die sich aus allgemeinen Grundsätzen (242) ergebende Pflicht auferlegt, daß er ohne Erlaubniß des Verpächters keine Aenderungen in der wirthschaftlichen Bestimmung des Grundstückes vornehmen darf, die auf die Art der Bewirthschaftung über die Pachtzeit hinaus von Einfluß sind, z. B. Anlegung von Brauereien, Brennereien ꝛc. (583).

Der Pächter eines landwirthschaftlichen Grundstückes hat auch die gewöhnlichen Ausbesserungen (582) zu bewirken.

Dem Verpächter erwächst aus der Nichtbeachtung dieser Pflichten der Schadensersatzanspruch, die Klage auf Unterlassung und das Kündigungsrecht.

Digitized by Google

B. Die Unterpacht ist wie die Untermiethe versagt und die Bestimmungen insofern verschärft, als der Pächter wegen unbegründeter Versagung der Erlaubniß kein Kündigungsrecht hat (549, Abs. 1 und 596, Abs. 1) wegen der erhöhten Bedeutung der Person des Pächters für den Pachtvertrag.

C. Der Pächter hat die Anzeigepflicht und die Pflicht der Rückgabe wie der Miether. Bei der Pacht eines landwirthschaftlichen Grundstückes ist dasselbe aber in dem Zustande zurückzugewähren, der sich bei einer während der Pachtzeit bis zur Zeit der Rückgabe fortgesetzten ordnungsmäßigen Bewirthschaftung ergiebt. Es ist also nicht maßgebend der Zustand bei Ueberlassung, es kann vielmehr der geforderte Zustand ein besserer und auch schlechterer sein, als der zur Zeit der Ueberlassung. Es bezieht sich das auch auf die Bestellung des Grundstückes. Der Pächter hat daher als ordentlicher Landwirth zu wirthschaften. Für Verbesserungen in diesem Rahmen hat er keine Ersatzansprüche, für Verschlechterungen ist er nicht verantwortlich (591, vgl. 1055, Abs. 2).

Unbilligkeiten gegen den Pächter und Verpächter können sich ergeben, wenn die Ueberlassung und die Rückgewähr nicht in dieselbe Jahreszeit fallen, z. B. der Pächter hat das Grundstück bestellt empfangen und giebt es ordnungsmäßig unbestellt zurück; oder umgekehrt. Der E. I. verwies auf die Parteidisposition und die Bereicherungsansprüche. Letzteres ist deshalb bedenklich, weil der Pächter durch die Bestellung nur seiner Pflicht genügt. Das BGB. bestimmt dahin: fällt das Ende der Pacht in ein Pachtjahr, so muß der Verpächter die Kosten, die der Pächter auf die noch nicht getrennten, aber nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirthschaft vor dem Ende des Pachtjahres zu trennenden Früchte verwendet hat, ersetzen. Diese Kosten selbst müssen aber einer ordnungmäßigen Wirthschaft entsprechen und den Werth der Früchte nicht übersteigen (592, vgl. 1055, Abs. 2). Die Pflicht des Pächters eines Landgutes, also nicht eines einzelnen landwirthschaftlichen Grundstückes, bei dem von einem landwirthschaftlichen Betriebe nicht die Rede ist, ist in 593[1] noch dahin gesteigert, daß er von den bei Beendigung der Pacht vorhandenen landwirthschaftlichen Erzeugnissen schlechthin, d. h. auch dann, wenn er solche nicht übernahm, soviel zurücklassen muß, als zur Fortführung der Wirthschaft bis zu der Zeit erforderlich ist, zu welcher gleiche oder ähnliche Erzeugnisse voraussichtlich

[1] Vgl. 1055, Abs. 2 (Nießbrauch).

Digitized by Google

gewonnen werden. Der Verpächter hat dem Pächter Ersatz zu leisten, soweit der Pächter nach Quantität oder Qualität mehr zurückläßt, als er empfangen hat. Den gesammten vorhandenen, auf dem Gute gewonnenen Dünger hat er zurückzulassen ohne Anspruch auf Ersatz. Die Frage, ob der Pächter verpflichtet ist, dafür zu sorgen, daß solche Produkte da sind, ist nach 591 zu entscheiden.

Giebt der Pächter den gepachteten Gegenstand nicht zurück, so kann der Verpächter, vorbehaltlich der Geltendmachung weiteren Schadens, den vereinbarten Pachtzins verlangen, und zwar nach dem Verhältniß, in dem die während der Dauer der Vorenthaltung gezogenen oder ziehbaren Nutzungen zu den Nutzungen des ganzen Pachtjahres stehen (597, vgl. 557).

D. Dem Verpächter eines Grundstückes steht das gesetzliche Pfandrecht wie dem Vermiether eines solchen zu. Das Pfandrecht ist, auch im Interesse des Pächters selbst (585), aber nur bei der Pacht landwirthschaftlicher Grundstücke noch erheblich erweitert.

1. Gesichert ist hier die gesammte Forderung auf den Pachtzins, auch auf den erst künftig fällig werdenden, und zwar sowohl dem Pächter selbst wie andern Gläubigern des Pächters gegenüber (vgl. 559. 563 ff., KO. § 49, Z. 2). Künftige Entschädigungsforderungen des Verpächters sind dagegen wie bei der Miethe nicht gesichert.

2. Außer den eingebrachten Sachen ergreift es auch die Früchte, selbst die stehenden (vgl. CPO. § 810, Abs. 1, EG. Art. 52). Unter den eingebrachten Sachen sind nicht ausgenommen die nach CPO. § 811, Z. 4, der Pfändung nicht unterworfenen Sachen. Die für den Ausschluß der Pfändung dort maßgebende Rücksicht auf die Landwirthschaft trifft hier nicht zu.

V. Besondere Fälle der Grundstückspacht.

A. Verpachtung eines Grundstückes mit Inventar (586).

Hier verbleibt das Inventar im Eigenthume des Verpächters. Der Pächter hat bezüglich der einzelnen Inventarstücke die Pflicht der Erhaltung (z. B. Kurkosten), die an sich nicht selbstverständlich ist. Der Verpächter muß aber ohne Schuld des Pächters in Abgang gekommene Stücke ergänzen. Der Pächter hat an dem fruchttragenden Inventar den Fruchtgenuß. Dieser steht ihm nicht schlechthin zu, wenn der Viehstand auf dem Grundstück eine wirthschaftliche Einheit bildet. Hier hat der Pächter die Pflicht, die abgängigen Thiere aus dem Nach-

Digitized by Google

wuchs derselben insoweit zu ersetzen, als das den Regeln einer ordentlichen Wirthschaft entspricht. Diese Ergänzungspflicht ist eine Konsequenz der Erhaltungspflicht (vgl. 1048, Abs. 1).

B. Verpachtung eines Grundstückes mit Inventar zum Schätzungswerthe mit der Verpflichtung, es zum Schätzungswerthe zurückzugeben (587). Soweit die Parteien nichts Anderes festgesetzt haben, treten die im Gesetze normirten Rechtsfolgen ein (588. 589).

1. Der Pächter trägt die Gefahr des Inventars, sowohl die des zufälligen Unterganges wie die der Verschlechterung während und nach Ablauf der Pachtzeit[1].

2. Dem Pächter steht wie sonst Gebrauch und Nutzung am Inventar zu. Außerdem darf er aber über einzelne Stücke innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirthschaft verfügen, was dem Zwecke der Parteidisposition gerade entspricht (vgl. 1048, Abs. 2).

3. Der Pächter hat das Inventar nach den Regeln ordentlicher Wirthschaft in dem Zustande zu erhalten, in welchem es ihm übergeben wird. An der Erhaltung des Inventars hat der Verpächter ein wesentliches Interesse. Das Grundstück muß dauernd mit einem zureichenden Inventar versehen sein. Die Erhaltungspflicht ist keineswegs identisch mit der Pflicht, abgegangene Stücke zu ersetzen. Auch nicht abgegangene, aber untauglich gewordene oder in der Tauglichkeit geminderte Stücke müssen unter Umständen ersetzt werden, andererseits brauchen die abgegangenen nicht immer ersetzt zu werden.

4. Aus dem Verfügungsrecht und der Erhaltungspflicht folgt die Anschaffungspflicht. Der Pächter hat dem Verpächter Eigenthum an den neuangeschafften Stücken zu verschaffen.

Das könnte durch brevi manu traditio und constitutum possessorium erfolgen. Das Gesetz bestimmt aber, daß die angeschafften Stücke mit der Einverleibung in das Inventar und durch diese Eigenthum des Verpächters werden (transitus legalis). Das liegt im Interesse des Verpächters und der Hypothekengläubiger (1120). Zur Einverleibung gehört regelmäßig Einbringung in das Grundstück. Der Verpächter erwirbt auf diese Weise auch das Eigenthum an den zum Zwecke der Vermehrung des empfangenen Inventars angeschafften Stücken[2].

[1] Oertmann, S. 306. A. M. Planck, Neumann zu 588, welche nach Ablauf der Pachtzeit die allgem. Grundsätze entscheiden lassen wollen.

[2] Vgl. 1048, Abs. 2 u. 2111. Oertmann, S. 307. 308 nimmt constitutum possessorium (930) an.

Digitized by Google

5. Der Pächter hat das bei der Beendigung der Pacht vorhandene Inventar dem Verpächter zurückzugewähren. Die nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirthschaft für das Grundstück überflüssigen oder zu werthvollen Stücke kann der Verpächter ablehnen (er hat den Beweis), er kann sie also auch nach seiner Wahl zum Taxwerth behalten. Mit der gerechtfertigten Ablehnung schon geht das Eigenthum auf den Pächter über.

6. Stellt sich eine Differenz zwischen dem Gesammtschätzungswerthe der vom Pächter übernommenen und dem Werthe der von ihm zurückzugebenden Stücke heraus, so haben die Parteien diese einander zu ersetzen. Daraus folgt, daß der Pächter eventuell ein Sinken der Preise zu tragen hat wie der Verpächter ein Steigen derselben.

C. Nach allgemeinen Grundsätzen regeln sich die Folgen der Uebereinkunft, daß das mit dem Grundstücke verpachtete Inventar um die Schätzungssumme dem Pächter verkauft sein und an den Verpächter um die Schätzungssumme zurückzuverkaufen sein solle.

D. Ist die Uebernahme eines Landgutes durch den Pächter auf Grund einer Schätzung des wirthschaftlichen Zustandes vereinbart mit der Verpflichtung, die Rückgewähr gleichfalls auf Grund einer Schätzung zu bewirken (594, Abs. 1), oder ist die Uebernahme von Vorräthen mit Schätzung unter derselben Bestimmung vereinbart (594, Abs. 2), so finden auf die Rückgewähr des Gutes und der Vorräthe, die der Pächter zurückzulassen verpflichtet ist, die Vorschriften unter B. Z. 5 und 6 (589, Abs. 2. 3) Anwendung.

E. Nach A. bis D. können sich Forderungen ergeben für den Pächter gegen den Verpächter, die sich auf das mitverpachtete Inventar beziehen. Diese sind, abgesehen vom Zurückbehaltungsrecht (273), gesichert durch ein gesetzliches Pfandrecht an den im Besitze des Pächters befindlichen Inventarstücken. Auf dieses Pfandrecht findet 562 Anwendung.

VI. Die Endigung der Pacht[1].

Es gelten die Grundsätze für die Miethe.

A. Ist bei der Pacht eines Grundstückes oder eines Rechtes die Pachtzeit nicht bestimmt, so steht jedem Theile die Kündigung zu. Diese ist aber nur auf den Schluß eines Pachtjahres zulässig und muß spätestens am ersten Werktage des halben Jahres

[1] Bez. der Kündigung vgl. Immerwahr, Die Kündigung (1898), S. 132 ff.

Digitized by Google

erfolgen, mit dessen Ablauf die Pacht endigen soll. Das gilt auch für die Fälle, in denen unter Einhaltung der gesetzlichen Frist vorzeitig gekündigt werden kann (595). Das Pachtjahr ist das mit dem Beginne der Pacht laufende bewegliche Jahr, das zwar bei der Grundstückspacht gewöhnlich mit dem Wirthschaftsjahr zusammenfallen wird.

B. Stirbt der Pächter, so haben die Erben des Pächters, nicht aber der Verpächter, ein Kündigungsrecht wie in dem entsprechenden Falle bei der Miethe (569. 596, Abs. 2).

C. Das Kündigungsrecht der Beamten, Militärpersonen, Geistlichen, Lehrer fällt bei der Pacht fort (570. 596, Abs. 3).

D. In der Fortsetzung des Gebrauches und der Fruchtziehung durch den Pächter nach Beendigung der Pacht liegt unter den gleichen Voraussetzungen wie bei der Miethe eine Verlängerung der Pacht auf unbestimmte Zeit.

VII. Die Veräußerung und Belastung des Pachtgegenstandes hat die gleiche rechtliche Bedeutung wie die der Miethssache.

VIII. Ueber das Pachtverhältniß in der Zwangsvollstreckung und im Konkurse vgl. Bd. I, § 118.

§ 120.

Die Leihe[1].

I. Dem Leihvertrage können Vorverträge (pacta de commodando) vorhergehen. Eine Verpflichtung zur Annahme würde sich ergeben, soweit die Leihe auch im Interesse des Verleihers geschlossen werden soll.

II. Begriff und Abschluß der Leihe.

A. Die Leihe besteht in der unentgeltlichen Ueber-

[1] Materialien: M. II. S. 443 ff. P. II. S. 269 ff.; VI. S. 185. 187. BRK. S. 77.

Litteratur: 1888: Bähr, Zur Beurtheilung, S. 85. 1889: Gierke, Der Entwurf, S. 244 ff. Goldschmidt, Krit. Erörterungen, S. 18. 96 ff. Kohler, Arch. f. bürg. Recht, Bd. 2, S. 239. Bähr, ebenda, S. 125. 1890: Reatz, GA. S. 1144 ff. 1892: Bähr, Gegenentwurf, S. 110 ff. Jakubezky, Bemerkungen, S. 134. 1893: Grützmann, Sächs. Arch., Bd. 3, S. 676. 1897: Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse, § 7. Bunsen I, § 75. 1898: Weyl I, § 110. Leske, § 78. Stobbe-Lehmann III § 327. 1899: Kuhlenbeck, Von den Pandekten ꝛc. II, § 32. Krückmann, § 12. v. Buchka, § 18. Endemann I, § 183. Cosack I, § 141. Tränkner, Sächs. Archiv, Bd. 9, S. 168 f.

Digitized by Google

laſſung von Sachen zum Gebrauche unter Verpflichtung des Empfängers zur Rückgabe nach beendigtem Gebrauche.

1. Gegenſtand der Leihe ſind nur körperliche Sachen, bewegliche und unbewegliche, verbrauchbare aber nur, ſoweit nicht ihr beſtimmungsgemäßer Gebrauch in Frage kommt. Die leihweiſe Ueberlaſſung der Ausübung eines Rechtes kann auf eine Leihe von Sachen hinauslaufen, oder ſie enthält eine Veräußerung, Schenkung; möglich iſt auch die analoge Anwendung der Beſtimmungen für die Leihe auf ſolche Verträge.

Auch Fungibilien (z. B. Inhaberpapiere zum Zwecke der Verpfändung), ferner eigene Sachen des Verleihers wie fremde können verliehen werden, eigene des Entleihers aber nur, wenn dem Entleiher der Gebrauch der Sache nicht zuſteht.

2. Die Unentgeltlichkeit iſt der Leihe weſentlich. Bei Entgelt iſt der Vertrag Miethe- oder Verwahrungsvertrag ꝛc.

3. Welcher Art der geſtattete Gebrauch iſt, beſagt der Vertrag. Es kann eine Gebrauchszeit beſtimmt ſein oder nicht. Im letzteren Falle ergiebt ſich die Zeit der Leihe aus dem Zwecke derſelben (604).

4. Der Entleiher erhält den Beſitz der Sache.

B. Die Verpflichtungen aus der Leihe.

1. Die Verpflichtungen des Entleihers.

a. Der Entleiher darf nur den vertragsmäßigen Gebrauch machen und darf den Gebrauch nicht einem Andern überlaſſen, wenn ihm das nicht vom Entleiher geſtattet iſt (603). Der Entleiher haftet für den Zufall, der als Folge des vertragswidrigen Verhaltens eintritt (276. 278. 280). Der Entleiher hat die Sache zu bewahren (Diebſtahl, Verſchlechterung). Daß der Entleiher bei gemeinſamer Gefährdung der entliehenen und der eigenen Sachen ſchlechthin die erſteren mit Vernachläſſigung der eigenen Sachen zu retten habe, iſt nicht ausgeſprochen. Es kommt vielmehr nur auf pflichtgemäßes Handeln an (603).

b. Nach beendigtem Gebrauche hat er die Sache zurückzugeben (604). Die Rückgabe muß in unverändertem Zuſtande erfolgen. Der Entleiher haftet für Fahrläſſigkeit, nicht für Zufall, wenn er nicht dieſe Haftung übernommen hat. Die Auslagen, die der Gebrauch verurſacht, und die gewöhnlichen Koſten der Erhaltung der Sache hat der Entleiher zu tragen, insbeſondere die Fütterungskoſten bei Leihe von Thieren (601). Für Veränderungen und Ver-

Digitized by Google

4. Die Ersatzansprüche des Verleihers wegen Veränderungen und Verschlechterungen und die des Entleihers wegen der Verwendungen und der Anspruch auf Gestaltung der Wegnahme verjähren in sechs Monaten. Die Verjährung beginnt bei den Ansprüchen des Verleihers mit der Zeit, zu welcher er die Sache zurückerhält. Ist der Anspruch auf Rückgabe verjährt, so sind auch die Ersatzansprüche verjährt. Die Verjährung der Ansprüche des Entleihers beginnt mit der Beendigung des Leihverhältnisses (606, vgl. 558).

III. Die widerrufliche Leihe (precarium) unterscheidet sich von der gewöhnlichen Leihe dadurch, daß der Verleiher nur bis zum Widerrufe zur unentgeltlichen Ueberlassung des Gebrauches an den Entleiher verpflichtet ist.

§ 121.

Das Darlehen[1].

I. Der Darlehensvorvertrag.

Dem Darlehensvertrage können Vorverträge auf Geben oder auf Nehmen des Darlehens oder auf Geben und Nehmen des Darlehens voraufgehen (610).

A. Der Vertrag, durch den sich Jemand zum Geben eines Darlehens verpflichtet, erzeugt die Verpflichtung auf Hingabe der Valuta. Das BGB. stellt hier und nicht nur für diesen Vertrag (vgl. 321) eine Auslegungsregel auf. Der Versprechende kann widerrufen, wenn in den Vermögensverhältnissen des anderen Theiles eine wesentliche Verschlechterung

[1] Materialien: M. II. S. 305 ff. 444. 569 f. P. II. S. 41 ff. 795 ff. VI. S. 187. 380. BRK. S. 77.

Litteratur: 1888: Rießer, Zeitschrift f. d. ges. Handelsrecht, Bd. 35 (Beil.-H.), S. 364 ff. 1889: Kohler, Arch. f. bürg. Recht, Bd. 2, S. 211 ff. 239. Koch, Beitr., H. 4, S. 29 ff. Goldschmidt, Krit. Erörterungen, S. 94 ff. Gierke, Der Entw., S. 236. Bekker, System II, S. 246 f. 1890: Neumann, Gruch. Beitr., B. 34, S. 452. 1891: Jacoby, Annalen d. d. Reichs, S. 82 f. Bähr, Gegenentwurf, S. 92. Grützmann, Sächs. Arch., Bd. 2, S. 772 f. Jakubezky, Bemerkungen, S. 112 ff. 1894: Affolter, Arch. f. bürg. Recht, Bd. 8, S. 1 ff. Kohler, ebenda, S. 49 ff. 1897: Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse, S. 94. Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse, § 7. Bunsen I, § 76. Lammfromm, Theilung, Darlehn, Auflage ꝛc., S. 66 ff. 173 ff. Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte S. 365 ff. 1898: Weyl I, § 111. Mandry-Geib, S. 464. 563. Leske, § 79. Stobbe-Lehmann III § 236. 1899: Kuhlenbeck, Von den Pandekten ꝛc. II, § 31. Krückmann, § 14. v. Buchka, § 18. Endemann I, § 184. Cosack I, § 142. Tränkner, Sächs. Archiv, Bd. 9, S. 169 ff.

Digitized by Google

eintritt, durch die der Rückerstattungsanspruch gefährdet wird (clausula rebus sic stantibus). Die Auslegungsregel kann also nicht Anwendung finden, wenn das Versprechen völlig bedingungslos gegeben war[1]. Steht Letzteres fest, so könnte noch 321 als dispositiver Rechtssatz in Frage kommen, wenn es sich hier um einen gegenseitigen Vertrag handelt[2]. Die Gefährdung durch wesentliche Verschlechterung muß eingetreten sein nach Abgabe und vor Erfüllung des Versprechens. Bestand die Gefährdung schon bei Abgabe des Versprechens und befand sich der Versprechende im Irrthum, so kann ihm aus 119 die Anfechtung zustehen wie auch im Falle des Betruges.

Der Widerruf ist dann ausgeschlossen, wenn der andere Theil genügende Sicherheit anbietet (vgl. 321).

Den Beweis der Gefährdung hat der Versprechende zu führen (Zahlungsunfähigkeit, Einstellung der Zahlungen, vergebliche Pfändung, Leistung des Offenbarungseides).

B. Der Vertrag, durch den sich Jemand zum Nehmen eines Darlehens verpflichtet, ist nicht besonders geregelt. Es entscheiden die allgemeinen Grundsätze. Die Klage auf Abnahme des Darlehens ist daher nicht ausgeschlossen.

Ob eine Verpflichtung zur Annahme und nicht nur eine solche zur Hingabe begründet ist, ist durch Auslegung festzustellen.

II. Begriff und Begründung des Darlehens. Das Darlehen besteht in der Ueberlassung von Geld oder anderen vertretbaren Sachen zum Verbrauche[3], unter der Verpflichtung des Empfängers zur Zurückgabe gleicher Art, Güte und Menge. — Aus dem wesentlichen Verbrauchszwecke folgt die Bestimmung in 609.

A. Der Darlehensvertrag muß den Erfordernissen der Verträge entsprechen. Der Vertragsschluß liegt im Geben und Nehmen der Valuta unter den dem Darlehen entsprechenden Absichten. Insbesondere ist erforderlich, da eine Restitutionspflicht des Empfängers begründet wird, Verpflichtungsfähigkeit des Empfängers. Sie ist für das Darlehnsgeschäft keine besondere.

[1] Vgl. Regelsberger, Jahrb. f. Dogm., Bd. 40 (1899), S. 451 ff. bes. 482. Fritze, Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. 17 (1899), S. 47 f.

[2] Vgl. Fritze, a. a. O. (vgl. Note 2). Oertmann, S. 327. Planck, S. 346 gegen Stammler, a. a. O., S. 94.

[3] Dadurch unterscheidet sich das Darlehen vom unregelmäßigen Hinterlegungs-Vertrage (700), von einer Baarkaution und auch von dem unregelmäßigen Nießbrauch (1067).

Digitized by Google

B. Die Uebereignung der Valuta.

1. Der Grundfall des Darlehens: der Darleiher übergiebt ihm gehörige oder fremde Fungibilien an den Empfänger zu Eigenthum. Ob Eigenthum an den Empfänger übergegangen ist, bestimmt sich nach den Grundsätzen über den Eigenthumserwerb. Ist der Empfänger nach diesen Grundsätzen nicht Eigenthümer geworden, so entsteht ein Darlehensvertrag nicht. Dem Eigenthümer des Geldes steht der Anspruch auf Herausgabe (Vindikation) oder der Anspruch aus der ungerechtfertigten Bereicherung bez. der unerlaubten Handlung gegen den Empfänger zu.

Der Darleiher muß veräußerungsfähig sein. Bei Personen, die in der Geschäftsfähigkeit beschränkt sind, muß demnach Genehmigung des gesetzlichen Vertreters hinzutreten.

Gleichgültig ist, ob durch den Darleiher selbst die Uebergabe zu Eigenthum bewirkt wird oder ob ein Dritter auf Anweisung und im Namen des Darleihers ihm gehöriges Geld übergiebt. Ebenso, wenn dem Schuldner indirekt dadurch die Valuta verschafft wird, daß sie auf seine Anweisung an einen Dritten vom Darleiher gezahlt wird.

2. Uebergabe von Waaren zum Zwecke des Verkaufes mit der Bestimmung, daß der Erlös vom Empfänger als Darlehen behalten werde (contractus mohatrae), oder Ueberweisung von Wechsel- und anderen Forderungen zur Einkassirung mit der Bestimmung, daß das Gezahlte Darlehen sein solle. Das Darlehen wird erst perfekt mit dem Erzielen des Kaufpreises oder mit der Einziehung[1]. Wer trägt bis dahin die Gefahr?

α. Findet Uebergabe der Waaren zu Eigenthum an den Empfänger statt, so trägt der Empfänger die Gefahr mit der Uebergabe.

β. Ist Uebergabe zu Eigenthum nicht gewollt, so kommt es darauf an, in wessen Interesse die Uebergabe erfolgte; wird die Uebergabe auch im Interesse des Uebergebenden vollzogen, so trägt dieser die Gefahr[2].

3. Uebergabe von Waaren unter einer Schätzung mit der Bestimmung, daß der geschätzte Werth die Darlehensvaluta ausmachen solle. Der nähere Sinn dieser Abmachung kann sein:

---

[1] Oertmann, S. 324. A. M. Planck, S. 342 f.

[2] A. M. Oertmann, S. 324. Planck, S. 342 f.

Digitized by Google

α. die Waare soll um Schätzungswerth an den Empfänger verkauft sein und er soll den so festgestellten Erlös als Darlehen behalten[1], oder

β. der Darleiher befreit sich durch Hingabe an Zahlungsstatt von seiner Verpflichtung, die Geldsumme zu zahlen.

Welcher Werth hier zu Grunde gelegt ist (Kurswerth, Marktwerth ꝛc.), ist Auslegungsfrage.

Das Darlehen an Inhaberpapieren kann Gelddarlehen sein sollen und dann im einzelnen Falle die Struktur zu 2. oder 3. α. β. haben, oder es soll, wenn jede weitere Verabredung fehlt, normales Darlehen sein, d. h., es muß in Inhaberpapieren gleicher Art, Güte und Menge restituirt werden. Wenn in diesem letzten Falle die Inhaberpapiere zur Zeit der Fälligkeit nicht mehr vorhanden sind, so tritt Geldleistung an die Stelle, und im Zweifel entscheidet der Kurswerth zur Zeit des Kontraktschlusses, nicht der Nennwerth oder der Betrag, um den sie eingelöst sind[2].

4. Der Darleiher giebt Anweisung, daß der Darlehensbetrag auf den Bankkonten des Darleihers und Empfängers umgeschrieben werde.

5. Es wird vereinbart, daß der Schuldner, der Geld oder andere Fungibilien aus einem anderen Grunde schuldet (Depositum, Mandat, Kauf ꝛc.), das Geschuldete als Darlehen behalten solle. Gleichgültig ist, ob der Schuldner diese Gelder oder Fungibilien zur Zahlung bereit hatte. Eine solche Vereinbarung ist gültig (607, Abs. 2). Ob ein solcher Vertrag ein Darlehn ist oder nicht, ist durch Auslegung festzustellen. Diese kann ergeben, daß es bei der alten Schuld bleiben sollte, die nur in Nebenpunkten modifizirt wird, oder daß durch abstraktes Versprechen eine selbständige, accessorische oder novatorische Schuldverbindlichkeit (780 ff.) oder endlich, daß ein materielles Darlehn durch fictive Hin- und Herzahlung und Aufrechnung begründet sein sollte. Dieser Auslegung entsprechend löst sich die Frage, ob der Schuldner Einwendungen aus den zu Grunde liegenden Schuldverhältnissen erheben kann[3].

---

[1] Hiermit verbindet sich das gleichfalls contractus mohatrae genannte Geschäft: Verkauf einer Waare an den Darlehenssucher um hohen Preis auf Kredit und sofortiger Rückkauf zu geringem, baar bezahltem Preise.

[2] Vgl. Koch, Beitr., H. 4, S. 29 f.

[3] Vgl. Klemperer, Gruch. Beitr., Bd. 43 (1899), S. 567 ff.

Digitized by Google

C. Die Verpflichtungen aus dem Darlehen

1. des Darlehensschuldners.

a. Verpflichtung zur Zurückgabe. Gegenstand der Rückgabepflicht ist das Empfangene in gleicher Art Güte und Menge. Gültig ist die Vereinbarung, daß weniger, auch daß mehr zurückgegeben werde, als hingegeben ist. In dem Mehr steckt der Zins. Eine Anwendung hiervon sind die sog. Annuitätendarlehen, d. h., es wird Rückzahlung in bestimmten Jahresraten, die den Zins übersteigen, verabredet. Eine Vereinbarung, nach der auch Anderes, als empfangen ist, zurückgegeben werden könne, fiele aus dem Rahmen des Darlehens heraus (Tausch, Kauf), wenn nicht Hingabe an Zahlungsstatt gewollt ist.

Hinsichtlich der Zeit der Rückgabe entscheiden die allgemeinen Grundsätze (vgl. Bd. I, § 79, IV. B. § 80). Natürlich entscheidet auch hier in erster Linie der Vertrag. In einem Punkte gilt aber Besonderes. Ist eine Bestimmung nicht getroffen, so muß die Fälligkeit durch Kündigung seitens des Gläubigers oder Schuldners bestimmt werden. Darlehen von mehr als 300 Mark sind drei Monate, Darlehen von geringerem Betrage einen Monat nach Kündigung fällig. Bei unverzinslichen Darlehen hat der Gläubiger kein Interesse an der Einhaltung einer Kündigungsfrist, daher kann hier der Schuldner zurückgeben, ohne zu kündigen. Gläubiger wie Schuldner können auf das ihnen gewährte Kündigungsrecht verzichten. Auch der Verzicht des Schuldners ist als solcher nicht unsittlich (138). Ob ein solcher Verzicht vorliegt, ist Thatfrage (609)[1].

Vom Momente des Empfanges der Valuta, nicht schon von dem der Absendung an[2], trägt der Empfänger die Gefahr, wenn nicht der Gläubiger sie übernommen hat. — Den Beweis der Hingabe der Valuta hat der Gläubiger zu führen, den Beweis, daß die Hingabe Eigenthum nicht bewirkt hat, der Empfänger.

b. Die Verpflichtung zur Zinszahlung (608).

Diese kann ausdrücklich oder stillschweigend begründet sein. Die allgemeinen Grundsätze über vertragsmäßige und gesetzliche Zinsen finden Anwendung. Dispositive Vorschriften stellt das BGB. bez. der Zahlungszeit fest: die Zinsperiode beträgt ein Jahr; die Zinsen sollen nach Ablauf je eines Jahres gezahlt werden. Ist die Rück-

[1] Vgl. Immerwahr, Die Kündigung (1898) S. 86 ff. Thiele, Arch. f. d. civ. Pr. Bd. 89 (1899) S. 85 ff.

[2] Oertmann, S. 324 f. A. M. Cosack I, S. 503.

Digitized by Google

erstattungsfrist für das Kapital kürzer als ein Jahr, so werden die Zinsen mit dem Kapital fällig.

2. Die Verpflichtungen des Darleihers.

Das Darlehen ist seiner überwiegenden Erscheinung nach einseitig verpflichtender Vertrag. Besondere und thatsächlich seltene Umstände können aber eine Verpflichtung des Darleihers begründen, z. B. Hingabe von gefälschtem Gelde, durch dessen Gebrauch der Empfänger in Schaden geräth, Hingabe von verdorbenen Sachen, die beim Empfänger weiteren Schaden stiften.

§ 122.

Der Dienstvertrag[1].

I. Durch die Vorschriften des BGB. werden nach EG. Art. 32. nicht berührt die reichsgesetzlichen Vorschriften über besondere Dienstverträge, nämlich: die Verträge des Handels- und Gewerberechtes

---

[1] Materialien: M. I. S. 144 ff.; II. S. 455 ff. P. I. S. 64; II. S. 276 ff.; VI. S. 122. 143. 187 ff. 379. 637. 760. D. S. 79 ff. BRR., S. 77 ff. Mat. z. EG., S. 137 ff.

Litteratur: 1888: Klöppel, Gruch. Beiträge, Bd. 32, S. 650 ff. Neumann, ebenda, S. 683. Hartmann, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 73, S. 315. 329. Poland, Bemerkungen, S. 10 ff. 1889: Gierke, Der Entwurf, S. 99. 104. 111. 191 ff. 245 ff. Derselbe, Die sociale Aufgabe d. Priv.-Rechts (Vortr.), S. 32. 40 ff. Derselbe, Beitr., H. 18, S. 54. Menger, Arch. f. sociale Gesetzgebung und Statistik, B. 2, S. 444. 448 ff. 453 ff. Bernhöft, Beitr., H. 12, S. 60. 62. 64. 67. Planck, Arch. f. d. civ. Pr., B. 75, S. 408. Koch, Beitr., H. 4, S. 30. Mataja, Arch. f. bürg. R., Bd. 1, S. 276 ff. 1890: Löwenfeld, GA., S. 858 ff. Hartmann, GA., S. 1254 ff. Mecke, GA., S. 12 ff. Jacobi, Arch. f. bürg. Recht, Bd. 4, S. 138 ff. Stolterfoth, Beiträge, S. 70 ff. Heusler, Krit. VJSchr., Bd. 32, S. 185. 1891: Jacoby, Zeitschr. f. d. Priv.- u. öffentl. Recht, Bd. 18, S. 238 ff. Derselbe, Annalen d. d. Reichs, S. 90 ff. Kohler, Arch. f. d. bürg. R., Bd. 5, S. 254 f. 1892: Jakubezky, Bemerkungen, S. 135 f. 141. Bähr, Gegenentwurf, S. 119 ff. 1893: Grüßmann, Sächs. Archiv, Bd. 3, S. 676 ff. 1894: Lipinski, Der Arbeitsvertrag. 1895: Kohler, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 84, S. 1 ff. Lotmar, Archiv für sociale Gesetzgebung u. Statistik, Bd. 8, S. 1 ff. 1896: Opet, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 86 ff, S. 155 ff. Dernburg, Die persönliche Rechtsstellung, S. 29 ff. 1897: Reinhard, Sächs. Arch., Bd 7, S. 33. Bunsen I, § 77. Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse, § 6. Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte, S. 141 ff. 156 ff. 1898: Stobbe-Lehmann III, §§ 248—250. Licht, Der gewerbliche Arbeitsvertrag i. d. Rechtsdurchsetzung. Leske, § 80. Haeselich, Wer trägt die Gefahr des Zufalls bei Verträgen über zu leistende Dienste? (Diss.)

Digitized by Google

mit den Gehülfen, mit dem amtlich bestellten Handelsmäkler, mit dem Schiffer, der Vertrag auf Bergung und Hülfeleistung in Seenoth, die Verträge mit den gewerblichen Arbeitern und mit der Schiffsmannschaft. Zu den Dienstverträgen gehören an sich auch die von den Beamten mit dem Staate geschlossenen. Für die Reichsbeamten gelten die Bestimmungen des Reichsbeamtenrechtes, für die Landesbeamten bleibt das Landesrecht gemäß dem Vorbehalt des EG. Art. 80 und 81 maßgebend. Unberührt bleiben erner die landesgesetzlichen Vorschriften über das Gesinderecht, soweit sie nicht durch die Vorschriften des EG. Art. 95 ausdrücklich aufgehoben sind.

Demnach sind nur die folgenden Bestimmungen des BGB. auf den Gesindevertrag ausschließlich anwendbar:

1. über die Geschäftsfähigkeit (104—115),

2. über die Wirkung empfangsbedürftiger Willenserklärungen gegenüber geschäftsunfähigen und in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Personen (131),

3. über die Haftung für die Gehülfen (278),

4. über die persönliche Fürsorgepflicht des Dienstberechtigten (617—619), im Erkrankungsfalle (617) des Gesindes aber nur, wenn das Partikularrecht dem Gesinde nicht weitergehende Ansprüche gewährt,

5. über die Dienstverträge, die auf Lebenszeit oder auf längere Zeit als 5 Jahre geschlossen sind (624),

6. über die Haftung für fremde widerrechtliche Handlung (831. 840, Abs. 2),

7. über die Verpflichtungen zu Dienstleistungen, welche die Ehefrau übernimmt (1358).

Das in den Landesgesetzen dem Dienstherrn etwa zustehende Züchtigungsrecht ist beseitigt. Die Uebertragung des elterlichen Züchtigungsrechtes ist dadurch nicht ausgeschlossen (1631, Abs. 2). Den Landesgesetzen untersteht besonders: die Form des Gesindevertrages, die Schadensersatzpflicht Desjenigen, der Gesinde zum widerrechtlichen Verlassen des Dienstes verleitet oder es in Kenntniß des

---

Hachenburg, Das BGB., S. 17. 102. Weyl I, § 112. Mandry-Geib, S. 113. 458. Hachenburg, Dienst- u. Werkvertrag (SA.). 1899: Kuhlenbeck, Von den Pandekten II, § 44. Krückmann, § 18. v. Buchka, § 18. Endemann I, §§ 172. 173. Cosack I, §§ 143—146. Tränkner, Sächs. Arch., Bd. 9, S. 171 ff. Schepp, Das öffentl. R. im BGB., S. 54 ff.

Digitized by Google

Bestehens eines Gesindeverhältnisses in Dienst nimmt oder ein unrichtiges Dienstzeugniß ausstellt[1].

II. Das Wesen des Dienstvertrages.

Der Dienstvertrag ist der gegenseitige Vertrag, durch den der eine Theil (der Dienstverpflichtete) zur Leistung der vereinbarten Dienste, der andere Theil (der Dienstberechtigte) zur Leistung der vereinbarten Vergütung verpflichtet wird.

Der Dienstvertrag unterscheidet sich vom Werkvertrage dadurch, daß bei ersterem einzelne Arbeitsleistungen oder die Arbeit, bei letzterem das Resultat der Arbeit, ihr Erfolg, ins Auge gefaßt ist (611, Abs. 1).

III. Der Abschluß des Dienstvertrages erfolgt durch Einigung der Parteien über die zu leistenden Dienste und die Vergütung. Der Abschluß von Dienstverträgen ist Sache freier Willkür. Eine Erklärungspflicht auf Anträge zu Dienstverträgen besteht nicht; anders beim Auftrag (Bd. I, § 125)[2]. Eine Form ist nicht erforderlich.

A. Die Dienste (611, Abs. 2).

Welcher Art die Dienste sind, ist gleichgültig. Ein Unterschied zwischen niederer und höherer Arbeit (operae illiberales und liberales) wird nicht gemacht. Auch die höhere geistige Berufsarbeit (Rechtsanwalt, Arzt, Lehrer ꝛc.) fällt unter den Dienstvertrag. Die Art der Dienste bringt es hier mit sich, daß der Dienstverpflichtete nicht schlechthin an die Weisungen des Dienstberechtigten gebunden ist, sondern daß er selbständig sein Wissen und Können seiner Individualität entsprechend bethätigt, allerdings nach pflichtgemäßem Ermessen. Auch eine Geschäftsführung kann Gegenstand des Dienstvertrages sein, der dann aber in wesentlichen Punkten nach den Grundsätzen über den Auftrag zu beurtheilen ist (675).

---

[1] Vgl. Preuß. AG. zum BGB., Art. 14. Mecklenb.-Schwer. AV. z. BGB., § 41. Mecklenb.-Strel. AV. z. BGB., § 40. Bayer. AG. z. BGB., Art. 15—31. Sachs.-Altenb. AG. z. BGB., § 15. Bad. Ges. vom 20. Aug. 1898. Württemb. AG. z. BGB., Art. 175. Aus der Litteratur: Kähler, Gesindewesen und Gesinderecht in Deutschland (1896). Immerwahr, D. Jur. Ztg., Jahrg. 3 (1898), S. 345. Jacobi, ebenda, Jahrg. 4 (1899), S. 59. Neubecker, ebenda, S. 60. Brettner, ebenda, S. 292 ff. Nußbaum, ebenda, S. 358. Fuld, Arch. f. öffentl. Recht, Bd. 14 (1899), S. 93 ff.

[2] Bestehen bleibt aber die Bestimmung der Rechtsanwaltsordnung, § 30.

Digitized by Google

B. Die Vergütung.

Die Vergütung ist für den Dienstvertrag wesentlich (611). Unentgeltliche Dienstleistung kann Schenkung, vertragsmäßige Uebernahme unentgeltlicher Dienste kann Schenkung oder Auftrag sein. Ist eine Vergütung nicht ausdrücklich vereinbart, so gilt sie doch als stillschweigend vereinbart, wenn die Dienstleistung nach den Umständen nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist (612, Abs. 1).

Die Vergütung kann in Geld und auch in anderen Leistungen bestehen.

Die Vergütung kann im Ganzen oder nach Stücken oder nach dem Maße Desjenigen, was Gegenstand des Dienstes ist, oder nach Zeitabschnitten bemessen sein. Besondere Bedeutung hat die Vergütung in festen Bezügen.

Ist die Höhe der Vergütung nicht bestimmt, so ist, wenn eine Taxe besteht (RGew.O. §§ 76—80), die taxmäßige Vergütung, wenn keine Taxe besteht, die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen. Läßt sich auch die Höhe nach der Ueblichkeit nicht feststellen, so hat nach 316 der Dienstverpflichtete die Höhe zu bestimmen (612).

IV. Die Verpflichtungen des Dienstverpflichteten.

A. Der Dienstverpflichtete hat die vereinbarten Dienste zu leisten (611, Abs. 1). Er ist vorleistungspflichtig wie der Vermiether (614). Selbstverständlich ist, daß die Dienste in vereinbarter Weise zu leisten sind, bez. in einer dem Zwecke und dem Gegenstande derselben entsprechenden Weise und nach bester Einsicht; ob auch nach Anweisung des Dienstberechtigten, richtet sich nach der Art der Dienste (III. A.).

B. Der Verpflichtete hat die Dienste im Zweifel in Person zu leisten und auch nur an die Person des Dienstberechtigten. Die höchstpersönliche Natur der Dienstpflicht ist die Regel (613)[1], vgl. VI. C.

C. Der Verpflichtete haftet für Fahrlässigkeit. Schon darin kann eine solche liegen, daß der Verpflichtete die Kenntnisse und Fähigkeiten zu den Diensten nicht besitzt, zu denen er sich verpflichtet hat. Der Verpflichtete würde aber, abgesehen von Fahrlässigkeit, schon auf Grund einer Zusicherung der Kenntnisse ꝛc. und der darin liegenden

[1] Anders Seemannsordnung, § 61, Abs. 2. Mecklenb.-Schwer. AV. z. BGB., § 41. Mecklenb.-Strelitz. AV. z. BGB., § 40. Dazu Langfeld, S. 51 ff.

Digitized by Google

Garantieübernahme haften. Schon in der Uebernahme von Diensten, die besondere Sachkenntniß oder Fähigkeit erfordern, kann eine stillschweigende Uebernahme der Garantie liegen.

D. Auslegungsfrage ist es auch, wer im konkreten Falle den zur Erbringung der Dienstleistung erforderlichen Aufwand zu tragen, z. B. Werkzeuge, Fuhrwerk ꝛc. zu stellen hat. Sind dem Verpflichteten vom Berechtigten solche Werkzeuge übergeben, so haftet er in der Behandlung und Bewahrung dieser ebenfalls für Fahrlässigkeit.

E. Außerdem trifft den Verpflichteten die Schadensersatzpflicht bei unzeitiger Kündigung (627), die Erstattungspflicht vorausempfangener Vergütung (628) und die Schadensersatzpflicht bei verschuldeter Kündigung (628), vgl. VI. B.

V. Die Verpflichtungen des Dienstberechtigten.

A. Er hat die vereinbarte Vergütung nach der Leistung der Dienste zu leisten, und wenn die Vergütung nach Zeitabschnitten bemessen ist, je nach dem Ablaufe der einzelnen Zeitabschnitte (614).

B. Bei Annahmeverzug des Dienstberechtigten ist dieser für die in Folge des Verzuges nicht geleisteten Dienste die Vergütung zu zahlen verpflichtet, ohne berechtigt zu sein, die Nachleistung der Dienste zu fordern. Der Verpflichtete muß sich auf die zu leistende Vergütung Das anrechnen lassen, was er in Folge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder durch anderweite Verwendung seiner Dienste erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt (615, vgl. 324).

C. Der Berechtigte hat die Vergütung auch (in Abweichung von 323) dann zu entrichten, wenn der Verpflichtete für eine verhältnißmäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person oder in objektiven Umständen[1] liegenden Grund (eigene Krankheit und Krankheit naher Angehöriger, z. B. der Ehefrau, Verkehrsstörungen ꝛc.) ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert wird. Der Verpflichtete muß sich aber anrechnen lassen, was ihm für die Zeit der Behinderung aus einer auf Grund gesetzlicher Verpflichtung bestehenden Kranken- oder Unfallversicherung zukommt (616)[2]. Vertragsmäßige Versicherung kommt dem Dienstberechtigten nicht zu Gute. Gleichgültig ist, wie der Lohn bemessen ist (Zeitlohn, Stücklohn). Unter der gesetzlichen Verpflichtung ist auch die nach § 2 des Kranken-

[1] Oertmann, S. 336. A. M. Planck, S. 355 ff.

[2] Reichsgesetz vom 15. Juni 1883 u. 6. Juli 1884; vgl. RGew.O. (1891), § 133c. HGB., § 63, Abs. 2.

Digitized by Google

versicherungsgesetzes statutarisch begründete Verpflichtung zu verstehen. Ob der Dienstberechtigte Versicherungsgelder zahlt oder nicht, ist gleichgültig (§ 51, Abs. 2. § 54, Abs. 1 des Krankenvers.-Gesetzes in der Fassung vom 10. April 1892)[1].

D. Ueber die Verpflichtung zur Zahlung der Vergütung im Falle der Kündigung, vgl. VI. B.

E. Die Fürsorgepflicht für die Person des Verpflichteten[2].

1. Steht der Verpflichtete in einem dauernden Dienstverhältnisse, das die Gewerbsthätigkeit des Verpflichteten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nimmt, und ist der Verpflichtete zugleich in die häusliche Gemeinschaft (d. h. Wohnung, Kost und häusliche Zucht) aufgenommen, so hat der Berechtigte die im Falle der Erkrankung erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung bis zur Dauer von 6 Wochen, aber nicht über das Ende der Dienstzeit hinaus zu gewähren. Die Pflicht kann auch durch Aufnahme in eine Krankenanstalt erfüllt werden. Die Pflicht fällt fort, wenn der Verpflichtete die Erkrankung vorsätzlich oder durch grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt hat. Die Kosten der Verpflegung und Behandlung muß sich der Verpflichtete auf die in die Zeit der Erkrankung fallende Vergütung anrechnen lassen. Kündigt der Dienstberechtigte nach 626 wegen Erkrankung des Verpflichteten, so endigt zwar das Dienstverhältniß, die Pflicht des Dienstberechtigten besteht aber fort wie bei Bestand des Dienstverhältnisses. Die Pflicht fällt fort, wenn durch eine (wenn auch nur vertragsmäßige) Versicherung oder Einrichtung der öffentlichen Krankenpflege Vorsorge getroffen ist. Ein dauerndes Dienstverhältniß liegt vor, wenn dasselbe normaler Weise oder nach der Parteiabsicht nicht als vorübergehendes angesehen wird. Auf diese Parteiabsicht wird man schließen können z. B., wenn das Verhältniß nicht durch tägliche oder wöchentliche oder sonstige kurze Kündigung gelöst werden kann, wenn Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft vorliegt, oder auch aus dem Modus der Lohnzahlung. Es wird aber immer der konkrete Fall zu beachten sein (617).

2. Der Dienstberechtigte hat die Räume, Vorrichtungen und Geräthschaften, die er zur Verrichtung der Dienste zu be-

[1] Preuß. AG. z. BGB., Art. 14, § 1, Abs. 1.

[2] Nach EG., Art. 95, haben diese Bestimmungen auch Geltung für zur Zeit des Geltungsbeginnes des Gesetzes bestehende Dienstverhältnisse. Vgl. auch Kohler, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 84 (1895), S. 22 ff.

Digitized by Google

schaffen hat, so einzurichten und zu unterhalten und Dienstleistungen, die unter seiner Anordnung oder Leitung vorzunehmen sind, so zu regeln, daß der Verpflichtete gegen Gefahr für Leben und Gesundheit soweit geschützt ist, als die Natur der Dienstleistung es gestattet[1]. Diese Pflicht steigert sich gegenüber den Bediensteten, die in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen sind. Der Dienstberechtigte hat die Wohn- und Schlafräume, Verpflegung, Arbeits- und Erholungszeit so einzurichten bez. zu regeln, wie es mit Rücksicht auf Gesundheit, Sittlichkeit und Religion des Verpflichteten erforderlich ist. Die verschuldete Nichterfüllung dieser Verpflichtungen macht den Dienstberechtigten schadensersatzpflichtig in dem gleichen Umfange wie aus unerlaubten Handlungen (842 bis 846)[2]. Ob der Dienstberechtigte befreit wird, soweit der Dienstverpflichtete etwas aus einer auf gesetzlicher Verpflichtung beruhenden Versicherung erhält, bestimmt sich nach den betreffenden Gesetzen (618)[3].

3. Die dem Berechtigten unter Z. 1 u. 2 auferlegten Verpflichtungen können nicht im Voraus, d. h. vor völligem Ablaufe des Dienstverhältnisses durch Vertrag aufgehoben oder beschränkt werden (619).

F. Die Pflicht zur Ausstellung eines Zeugnisses (630)[4]. Diese besteht bei Beendigung eines dauernden Dienstverhältnisses. Das Zeugniß kann schriftlich verlangt werden und muß über das Dienstverhältniß und seine Dauer, auf weiteres Verlangen auch über die Leistungen und Führung im Dienste Auskunft geben.

G. Ueber die Verpflichtung zum Schadensersatz (628) und Gewährung einer angemessenen Zeit zum Aufsuchen eines neuen Dienstverhältnisses (629) vgl. VI. B.

VI. Die Endigung des Dienstverhältnisses tritt ein:

A. Mit dem Ablaufe der Zeit, für welche es eingegangen ist (620, Abs. 1), vgl. aber B. Z. 1. b.

---

[1] Vgl. RGew.O. (1891), §§ 120 a. 120 e. Unfallvers.-Gesetz vom 6. Juli 1884, § 78.

[2] Auf 847 ist in 618 nicht Bezug genommen. Daraus wäre zu schließen, daß für Nichtvermögensschäden die Entschädigung in Geld fortfällt, also nur der Anspruch auf Wiederherstellung gegeben ist. Vgl. aber Stammler (1897), S. 122, Note 4.

[3] Krankenvers.-Gesetz vom 15. Juni 1883, § 57. Unfallvers.-Ges. v. 6. Juli 1884, § 95 ff.

[4] RGew.O., § 113.

Digitized by Google

B. Durch Kündigung[1].

In erster Linie entscheidet die Vereinbarung der Parteien, bei deren Auslegung die Ortssitte zu beachten ist[2].

1. Die regelmäßige Kündigung ist eine solche mit oder ohne Kündigungsfrist.

a. Ist das Dienstverhältniß auf bestimmte Zeit nicht eingegangen, so steht jedem Theile ein Kündigungsrecht zu (620, Abs. 2). Die Kündigungsfrist ist verschieden normirt je nach der Bemessung der Vergütung.

α. Ist die Vergütung nach festen Zeitabschnitten bemessen (621) und zwar nach Tagen, so ist Kündigung an jedem Tage auf den folgenden Tag statthaft; bei Bemessung nach Wochen: spätestens am ersten Werktage der Woche auf den Schluß dieser Woche; bei Bemessung nach Monaten: spätestens am 15. des Monates auf den Schluß des Kalendermonates, und ist sie nach Vierteljahren oder längeren Zeiträumen bemessen: unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Wochen für den Schluß eines Kalendervierteljahres.

β. Besteht die Vergütung in festen Bezügen und handelt es sich um Anstellung im Dienste höherer Art, der die Erwerbsthätigkeit des Angestellten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nimmt (Lehrer, Erzieher, Gesellschafterinnen, Privatbeamte), so kann nur für den Schluß eines Kalendervierteljahres und unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Wochen gekündigt werden, auch wenn die Vergütung nach kürzeren Zeitabschnitten als Vierteljahren bemessen ist (622)[3]. Diese Bemessung würde aber Bedeutung gewinnen, sobald Anstellung mit festen Bezügen nicht vorliegt.

γ. Ist die Vergütung nicht nach Zeitabschnitten bemessen (z. B. Stücklohn), so kann jederzeit gekündigt werden ohne Kündigungsfrist. Eine Kündigungsfrist von zwei Wochen besteht nur, wenn das Dienstverhältniß die Erwerbsthätigkeit des Verpflichteten hauptsächlich oder vollständig in Anspruch nimmt (623).

b. Ist das Dienstverhältniß auf Lebenszeit einer der Parteien oder für längere Zeit als fünf Jahre eingegangen, so würde die Kündigung (A.) ausgeschlossen sein. Darin läge eine unzulässige Beschränkung der wirthschaftlichen Freiheit. Deshalb ist dem Dienstverpflichteten die Kündigung unter Einhaltung einer Kündigungs-

[1] Immerwahr, Die Kündigung (1898), S. 159 ff.

[2] Mecklenb.-Schwer., AV. zum BGB., § 41.

[3] RGew.O., § 133 a.

Digitized by Google

frist von sechs Monaten nach Ablauf von fünf Jahren gewährt (624). Diese Kündigung steht dem Verpflichteten auch dann zu, wenn er die Dienste durch einen Andern beschaffen darf; sie würde dann für ihn praktisch, wenn er einen Ersatzmann nicht beschaffen kann. Unter 624 fällt nicht der Vertrag auf Verschaffung von Diensten Anderer.

2. Ein außerordentliches Kündigungsrecht ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist wird sowohl bei Dienstverhältnissen auf bestimmte wie auf unbestimmte Zeit gewährt und zwar beiden Theilen,

a. wenn ein nach richterlichem Ermessen gewichtiger Grund vorliegt (Erkrankung des Verpflichteten, mangelnde Fähigkeit, Trunksucht, Ausbleiben der Vergütung, auch unberechtigter Rücktritt ꝛc.). Verschuldung ist nicht Voraussetzung (626)[1];

b. auch, ohne daß ein gewichtiger Grund vorliegt, wenn es sich um Dienste höherer Art handelt, die auf Grund besonderen Vertrauens übertragen zu werden pflegen (Arzt, Rechtsanwalt, Lehrer). Hier genügt die Erschütterung des persönlichen Vertrauens, d. h. die Kündigung ist frei und kann durch Vereinbarung nicht beschränkt werden[2]. Diese Freiheit fällt aber bei dauerndem Dienstverhältniß mit festen Bezügen (Leibarzt, Hofmeister, Syndikus) fort. Für den Verpflichten ergiebt sich weiter die indirekte Beschränkung, daß er, wenn nicht ein wichtiger Grund zur unzeitigen Kündigung vorliegt, nur so kündigen darf, daß der Dienstberechtigte sich die Dienste anderweit verschaffen kann. Die unzeitige Kündigung hebt das Dienstverhältniß auf, verpflichtet aber den Kündigenden zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens (627).

c. Tritt nach dem Beginne der Dienstleistung eine Aufhebung des Dienstverhältnisses nach a. oder b. ein, so behält der Verpflichtete seinen Anspruch auf eine den bisherigen Leistungen entsprechende Vergütung. Kündigt der Verpflichtete, ohne durch vertragswidriges Verhalten des anderen Theiles veranlaßt zu sein, oder ist sein vertragswidriges Verhalten die Veranlassung zur Kündigung des andern Theiles, so fällt der Anspruch auf entsprechende Vergütung fort, wenn der Dienstberechtigte an den bisherigen Leistungen kein Interesse mehr hat. Eine für spätere Zeit vorausbezahlte Vergütung ist vom

[1] Ueber das Verhältniß von 626 z. RGew.O., § 124a. 133. 134b. HGB., § 70. Vgl. v. Blume, Verwaltungsarchiv, Bd. 7 (1899), S. 481 ff.

[2] Schollmeyer (1897), S. 40, hält die Bestimmung für dispositiver Natur.

Digitized by Google

Verpflichteten nach 347 (Rücktritt) oder, wenn er an der Kündigung nicht schuld ist, als ungerechtfertigte Bereicherung herauszugeben. Wer durch sein schuldhaftes[1] vertragswidriges Verhalten die Kündigung veranlaßt, hat den durch die Aufhebung des Dienstverhältnisses entstehenden Schaden zu ersetzen (628).

d. Nach Kündigung eines dauernden Dienstverhältnisses hat der Berechtigte dem Verflichteten auf Verlangen eine angemessene Zeit zum Aufsuchen eines anderen Dienstverhältnisses zu gewähren (629).

C. Durch Tod des Verpflichteten und Berechtigten (613).

§ 123.

Der Werkvertrag[2].

I. Der Werkvertrag untersteht nach EG. Art. 32 in gewissen Gestaltungen anderen reichsgesetzlichen Normen; so der Frachtvertrag

[1] Reinhard (1897), S. 48. Planck, S. 367. Oertmann, S. 347. P. II. S. 305 f.

[2] Materialien: M. II. S. 470 ff. P. II. S. 309 ff. 376: III. S. 480; VI. S. 189 f. 385. 665. 760. D. S. 82 ff. BRK., S. 91 ff. Begründung der Nov. z. CPO., S. 111. BRK. z. Nov. z. CPO., S. 344.

Litteratur: 1888: Bähr, Zur Beurtheilung, S. 79 ff. Ehrenberg, Jahrb. f. Dogm., Bd. 27, S. 253 ff. Poland, Bemerk., S. 11. Hartmann, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 73, S. 391 ff. Hilse, Jur. Tag 19, Bd. 2, S. 450 ff. 1889: Hilse, Arch. f. bürg. Recht, Bd. 2, S. 73 ff. Derselbe, Jur. Tag 20, Bd. 1, S. 218 ff. Staub, ebenda, S. 248 ff. Bähr, ebd., S. 297 ff. Hanauseck, ebd., S. 321. Jur. Tag 20, Bd. 4, S. 215 ff. Gierke, Der Entwurf, S. 247 f. 373. Bernhöft, Beitr., H. 12, S. 63. 68 ff. Ring, Arch. f. bürg. Recht, Bd. 1, S. 204. Laband, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 74, S. 304. Bekker, System II, S. 128. Neumann, Gruch. Beitr, Bd. 33, S. 700. Fuchs, Das Wesen der Dinglichkeit, S. 126 ff. 154. 1890: Hachenburg, GA., S. 142. 152 ff. Löwenfeld, GA., S. 918 ff. 1891: Jacoby, Annalen des d. Reichs, S. 92 ff. Mittelstein, Arch. f. bürg. Recht, Bd. 5, S. 284. 1892: Hübbe, Arch. f. bürg. Recht, Bd. 6, S. 189 f. Bähr, Gegenentwurf, S. 123 ff. Jakubezky, Bemerkungen, S. 136 ff. 1893: Grützmann, Sächs. Arch., Bd. 3, S. 680 ff. 1894: Strohal, Jahrb. f. Dogm., Bd. 33, S. 384 ff. 1896: Fischer, Das Sachenrecht (Sammlung Guttentag, H. 3), S. 57 ff. 1897: Oertmann, Zeitschrift f. d. Priv.- u. öff. Recht, Bd. 24. S. 1 ff. Eckels, Jur. Tag 24, Bd. 2, S. 173 ff. Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse, § 6. Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte, S. 141 ff. 252 ff. Bunsen I, § 78. 1898: Harnier, Arch. f. bürg. R., Bd. 14, S. 225 ff. Heinitz, D. Jur.-Zeitung, Jahrg. 3, S. 299 ff. 318 ff. Gumbinner, ebenda, S. 449. Dniestrzanski, Das Wesen d. Werklieferungsvertrages im österr. Recht. Cohn, L., Kritik des Entwurfs des Reichsgesetzes, betr. die Sicherung der Bauforderungen. Munk, Gruch. Beiträge, Bd. 42, S. 396 ff. Jur. Tag 24, Bd. 4, S. 35 ff. 345 ff. Coermann, Sächs.

Digitized by Google

dem HGB. §§ 425 ff., 556 ff. und dem Reichsgesetz, betr. die Binnenschiffahrt vom 15. Juni 1895 und der Postbeförderungsvertrag dem Reichsgesetz vom 28. Oktober 1871.

II. Der Begriff des Werkvertrages (631).

Der Werkvertrag ist der gegenseitige Vertrag, durch den der eine Theil (Unternehmer) sich zur Herstellung des versprochenen Werkes, der andere Theil (Besteller) sich zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.

Ueber den Unterschied vom Dienstvertrage und Dienstauftrage vgl. Bd. I, §§ 122. 125, über die Grenze zum Kauf vgl. unten IX.

III. Der Abschluß des Vertrages erfolgt formlos durch Einigung der Parteien über das herzustellende Werk und die zu leistende Vergütung (631).

A. Das Werk.

Das Werk kann in der Herstellung oder Veränderung von Sachen und auch in sonstigen Erfolgen von Arbeit oder Dienstleistung bestehen (z. B. Beförderung von Personen und Sachen vgl. aber I). Gleichgültig ist, ob die in Frage stehenden Arbeiten und Dienste niederer oder höherer (geistiger) Natur sind.

B. Die Vergütung. Von ihr gilt das Gleiche wie beim Dienstvertrage (632). Sie braucht nicht in Geld zu bestehen. Sie kann für das ganze Werk (Pauschalsumme) oder für Theile desselben bemessen sein.

IV. Die Verpflichtungen des Unternehmers.

A. Der Unternehmer hat das versprochene Werk herzustellen. Ob er dasselbe allein durch persönliche Thätigkeit herzustellen hat oder auch Andere hinzuziehen darf oder nur die Plangebung und obere Leitung ihm obliegt, während die Ausführung im Einzelnen von ihm Anderen übertragen wird, oder ob er eigene Thätigkeit überhaupt nicht zu entfalten hat (Entrepriseverträg), ist durch Auslegung festzustellen. Regelmäßig wird allerdings irgend welche entscheidende persönliche Thätigkeit des Unternehmers gewollt

---

Arch., Bd. 8, S. 77 ff. Weyl I, § 113. Hachenburg, Das BGB., S. 56. Derselbe, Dienstvertrag und Werkvertrag (SA.). Leske, § 81. 1899: Kuhlenbeck, Von den Pandekten ꝛc. II, § 42. Krückmann, § 19. v. Buchka, § 18. Cosack I, §§ 147. 148. Endemann I, §§ 172. 174. Emerich, Kauf- und Werklieferungsvertrag nach dem BGB., Tränkner, Sächs. Archiv, Bd. 9, S. 171 ff.

Digitized by Google

sein. Eine Auslegungsregel wie für den Dienstvertrag (613) ist aber hier nicht aufgestellt.

B. Die Gewährleistungspflicht.

1. Der Unternehmer hat (wie der Verkäufer nach 459) dafür einzustehen, daß das Werk die zugesicherten Eigenschaften hat und nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Werth oder die Tauglichkeit des Werkes zu dem gewöhnlichen oder dem nach Vertrage vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder mindern.

2. Ist das Werk nicht mangelfrei, so hat der Besteller das Recht, Beseitigung des Mangels zu verlangen (633, Abs. 2. 3)[1]. Er kann auch auf Beseitigung klagen und Beweis zum ewigen Gedächtniß erheben lassen (CPO. § 488).

Der Unternehmer kann die Beseitigung verweigern, wenn sie unverhältnißmäßige Kosten verursacht, wie z. B. bei Bauwerken. Der Besteller kann, wenn der Unternehmer mit der Beseitigung in Verzug ist, den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der Aufwendungen verlangen (vgl. 538, Abs. 2 bez. der Miethe). Neben diesem Rechte des Bestellers steht ihm nicht von vornherein nach seiner Wahl auch das Recht der Wandelung und Minderung zu, weil das bei weniger erheblichen Mängeln zu Chikanen gegen den Unternehmer führen würde.

3. Der Besteller kann dem Unternehmer, wenn sich ein Mangel (Z. 1) herausstellt, eine angemessene Frist zur Beseitigung stellen mit der Erklärung, daß er die Beseitigung des Mangels nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Zeigt sich schon vor der Ablieferung des Werkes ein Mangel, so kann die Frist vom Besteller sofort bestimmt werden[2], allerdings nur so, daß sie nicht vor dem Ablieferungstermin oder der Ablieferungsfrist abläuft (634, Abs. 1). Das führt

4. zu dem Anspruch auf Wandelung oder Minderung. Dieser steht dem Besteller zu,

a. wenn die Frist (Z. 3) abgelaufen und der Mangel, wenn auch ohne Schuld des Unternehmers, nicht rechtzeitig beseitigt ist. Der Anspruch auf Beseitigung ist dann ausgeschlossen.

b. Der Wandelungs- und Minderungsanspruch ist begründet ohne Bestimmung einer Frist, wenn die Beseitigung des Mangels

[1] Das Gesetz regelt die Folgen nicht nach dem Vorbilde der Veräußerungsgeschäfte (Kauf), auch nicht nach dem der Nichterfüllung aus gegenseitigen Verträgen, sondern selbständig.

[2] CPO., § 255.

Digitized by Google

unmöglich ist oder von dem Unternehmer aus irgend einem Grunde (auch nach 633, Abs. 2) oder ohne Grund verweigert wird oder die sofortige Geltendmachung des Anspruches auf Wandelung oder Minderung durch ein besonderes Interesse des Bestellers gerechtfertigt wird.

Die Wandelung ist ausgeschlossen, wenn nach den Gesichtspunkten unter Z. 1 der Mangel ein unerheblicher ist. Auf die Wandelung und Minderung finden die Kaufvorschriften Anwendung, nämlich über Vollziehung (465. 466), über den Inhalt des Rechtes auf Wandelung (467. 469—471) und über die Minderung (472—473)[1], über das Verhältniß, wenn auf der einen oder der anderen Seite Mehrere betheiligt sind (474), und über die wiederholte Erhebung der Ansprüche (475).

5. Einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung statt der Wandelung oder Minderung (635) hat der Besteller, wenn der Mangel des Werkes auf einem Umstande beruht, den der Unternehmer zu vertreten hat. Das ist der Fall, wenn er oder seine Leute (278) den Umstand schuldhaft herbeiführten oder wenn von ihm ein Garantieversprechen geleistet war. Hat der Besteller den Schadensersatzanspruch gewählt, so kann er nicht mehr auf den Wandelungs- oder Minderungsanspruch zurückgreifen.

6. Die Gewährleistungspflicht wegen Mängel kann weder vertragsmäßig eingeschränkt, noch erlassen werden (Nichtigkeit), soweit der Unternehmer den Mangel arglistig verschweigt (637, vgl. 476).

7. Wenn der Besteller ein mangelhaftes Werk abnimmt in Kenntniß des Mangels, so entfällt der Anspruch auf Beseitigung des Mangels, Wandelung oder Minderung, wenn er sich nicht bei Abnahme seine Rechte vorbehielt. Die Bestimmung bezieht sich nicht auf die bei der Abnahme vorhandenen Mängel, welche der Besteller nicht gekannt hat, wohl aber bei Sorgfalt hätte kennen können. Es besteht also keine Prüfungspflicht des Bestellers. Sie bezieht sich nicht auf Mängel, die erst nach der Abnahme zur Kenntniß des Bestellers gelangen. Ihn trifft auch keine Anzeigepflicht (640, Abs. 2, vgl. 464).

C. Der Unternehmer hat das vollständige Werk zur rechten Zeit herzustellen. Ist der Werkvertrag im konkreten Falle

[1] Ob für die erforderliche Schätzung gemäß 472 der Zeitpunkt des Vertragsschlusses (Planck, S. 374) oder derjenige der Herstellung des Werkes (Oertmann, S. 357) maßgebend ist, kann zweifelhaft sein.

Digitized by Google

ein Fixgeschäft nach 361, so würde schon daraus das Rücktrittsrecht folgen. Es würde ferner aus den allgemeinen Grundsätzen im Falle des Verzuges ein Rücktrittsrecht dem Besteller erwachsen. Der Verzug wäre aber von einem Verschulden des Unternehmers abhängig. Das Gesetz giebt nun, von diesen Voraussetzungen abgesehen, ein Rücktrittsrecht (636). Wird das Werk vom Unternehmer ganz oder theilweise nicht rechtzeitig hergestellt, so kann der Besteller dem Unternehmer eine angemessene Frist setzen mit der Erklärung, daß er nach Ablauf der Frist das Werk ablehne. Zeigt sich schon vor der Zeit, daß das Werk ganz oder theilweise nicht zur rechten Zeit hergestellt werden kann, so kann der Besteller die Frist sofort setzen, die dann aber nicht vor der für die Herstellung bestimmten Zeit ablaufen darf. Verstreicht die Frist fruchtlos, so kann der Besteller vom Vertrage zurücktreten. Der Anspruch auf Erfüllung ist dann ausgeschlossen. Der Bestimmung einer Frist bedarf es nicht, wenn die Herstellung in angemessener Frist unmöglich ist oder vom Unternehmer verweigert wird oder der sofortige Rücktritt durch ein besonderes Interesse des Bestellers gerechtfertigt ist. Unerhebliche Verzögerungen berechtigen zum Rücktritte nicht. Das Rücktrittsrecht bestimmt sich nach 327, d. h. nach den Regeln für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht (346 bis 356). Erfolgt der Rücktritt wegen eines Umstandes, den der Unternehmer nicht zu vertreten hat, so haftet er gemäß 327 nur nach den Vorschriften für die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung. Bestreitet der Unternehmer die Zulässigkeit des erklärten Rücktrittes, weil die Herstellung rechtzeitig erfolgt sei, so hat er zu beweisen. Ist der Unternehmer in Verzug, so bleiben dem Besteller alle Rechte aus dem Verzuge (286. 326).

D. Die Verjährung der Ansprüche auf Beseitigung des Mangels (B. Z. 2), Wandelung oder Minderung (B. Z. 4) und auf Schadensersatz (B. Z. 5) tritt in sechs Monaten ein, bei Arbeiten an einem Grundstücke in einem Jahre, bei Bauwerken in fünf Jahren. Die Verjährungsfrist kann durch Vertrag auch über die ordentliche Verjährungsfrist hinaus verlängert werden (vgl. 225 und 477)[1]. Die Verjährung beginnt mit der Abnahme des Werkes, wenn die Abnahme nach der Beschaffenheit des Werkes ausgeschlossen ist, nach 646 mit der Vollendung des Werkes. Nimmt der Unternehmer im Einverständniß mit dem Besteller eine Prüfung des Mangels vor oder die Beseitigung des Mangels, so ist die Verjährung so lange

[1] A. M. auch hier wie bez. 477. Dertmann, S. 360.

Digitized by Google

gehemmt, bis der Unternehmer dem Besteller das Ergebniß der Prüfung mittheilt oder ihm gegenüber den Mangel für beseitigt erklärt oder die Fortsetzung der Beseitigung verweigert. Sonst gelten bez. der Hemmung und Unterbrechung der Verjährung die Vorschriften in 477, Abs. 2. 3; für die Frage, inwieweit nach Vollendung der Verjährung des Anspruches im Wege der Einrede Wandelung und Minderung geltend gemacht werden können, bestimmt 478 und, inwieweit mit dem Anspruch auf Schadensersatz nach Verjährung des Anspruches aufgerechnet werden kann, die Vorschrift in 479.

Die ordentliche Verjährungsfrist tritt ein, wenn der Unternehmer den Mangel arglistig verschwiegen hat.

V. Die Verpflichtungen des Bestellers.

A. Der Besteller hat das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen (640, Abs. 1, vgl. 433, Abs. 2). Darin liegt, daß der Besteller den Sachkörper des Werkes reell übernehmen muß, sofern nicht eine solche reelle Abnahme nach der Beschaffenheit des Werkes ausgeschlossen ist, wie z. B. bei Veranstaltung einer Vorstellung, Herstellung von Reparaturen am Hause des Bestellers. Die Abnahme ist aber auch Annahme als Erfüllung, d. h. Billigung des Werkes. Die Abnahme kann abgelehnt, also auch die Gegenleistung verweigert werden, wenn das Werk nicht vertragsmäßig hergestellt ist. Abnahme und Gegenleistung können verweigert werden auch wegen nicht erheblicher Mängel ꝛc. Der Unternehmer hat die Klage auf Abnahme[1].

B. Der Besteller hat die Vergütung zu entrichten bez. zu verzinsen (641. 646). Sie ist bei der Abnahme oder, wenn solche ausgeschlossen ist, bei der Vollendung des Werkes zu entrichten. Die Vorleistungspflicht des Unternehmers bezieht sich also nur auf die Herstellung; sodann tritt die Regel ein, daß Zug um Zug zu leisten ist. Ist daher das Werk in Theilen abzunehmen und die Vergütung für die einzelnen Theile bestimmt, so ist die Vergütung für jeden Theil bei dessen Abnahme zu entrichten. Geldvergütung ist von der Abnahme bez. Vollendung an zu verzinsen (246), sofern sie nicht gestundet ist (vgl. 452).

C. Verschuldet der Besteller die Unmöglichkeit der Herstellung des Werkes, oder tritt die Unmöglichkeit ein in Folge eines in der Person des Bestellers liegenden Umstandes, so entscheiden die allgemeinen Grundsätze (323. 324). Ist dagegen zur Herstellung des

[1] Vgl. Oertmann, S. 361 ff.

Digitized by Google

Werkes eine Handlung des Bestellers erforderlich, und ist der Besteller durch Unterlassen der Handlung in Annahmeverzug gerathen (295. 296), so führen die allgemeinen Grundsätze allein zu keinem befriedigenden Resultat. Der Unternehmer kann, auch abgesehen von den ihm durch 304 gegebenen Rechten, eine angemessene Entschädigung verlangen, die sich nach der Dauer des Verzuges und der Höhe der vereinbarten Vergütung, aber auch danach bemißt, was der Unternehmer in Folge des Verzuges an Aufwendungen erspart oder durch anderweite Verwendung seiner Arbeitskraft erwerben kann (642). Es ist aber ferner dem Unternehmer die weitere Leistungsbereitschaft nicht zuzumuthen. Er kann dem Besteller eine angemessene Frist zur Nachholung der betreffenden Handlung mit der Erklärung setzen, daß er bei fruchtlosem Verstreichen der Frist den Vertrag kündige. Mit diesem Verstreichen der Frist gilt der Vertrag von nun an als aufgehoben (643), und der Unternehmer kann einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Theil der Vergütung und Ersatz der in der Vergütung nicht enthaltenen Auslagen verlangen (645, Abs. 1), unbeschadet der weitergehenden Ansprüche aus einem Verschulden des Bestellers. Daneben kann der Unternehmer den Anspruch aus 642 für die Zeit bis zur Aufhebung des Vertrages durch Kündigung geltend machen[1].

VI. Die Gefahr.

A. Der Unternehmer trägt die Gefahr des zufälligen Unterganges und der zufälligen Verschlechterung bis zur Abnahme bez. bis zur Vollendung (644. 646). Der Unternehmer kann also keine oder nur eine geringere Vergütung fordern. Wenn der Besteller in Verzug der Annahme geräth, so geht die Gefahr auf den Besteller über.

B. Für den zufälligen Untergang und eine zufällige Verschlechterung des vom Besteller gelieferten Stoffes ist der Unternehmer nicht verantwortlich (644). Er braucht ihn also nicht zu ersetzen.

C. Versendet der Unternehmer auf Verlangen des Bestellers das Werk an einen anderen als den Erfüllungsort, so geht die Gefahr auf den Besteller mit der Uebergabe an das Transportmittel über (644), vgl. 447 auch Abs. 2.

D. Ist das Werk vor der Abnahme bez. vor der Vollendung (645. 646) in Folge der Mängel des vom Besteller gelieferten Stoffes oder in Folge einer vom Besteller ertheilten Anweisung untergegangen, verschlechtert oder unausführbar geworden, ohne daß den Besteller oder den Unternehmer eine Schuld trifft, so würde nach

[1] A. M. scheinbar Planck, S. 383.

Digitized by Google

323 der Unternehmer keinen Anspruch auf die Gegenleistung haben, auch nicht auf einen Theil derselben. Das Gesetz giebt dem Unternehmer aber einen Anspruch auf einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Theil der Vergütung und Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen.

Trifft den Besteller eine Schuld, so bestimmen sich die weitergehenden Ansprüche nach allgemeinen Grundsätzen (645, Abs. 2).

VII. Das gesetzliche Pfandrecht des Unternehmers (647. 648).

A. Der Unternehmer hat für seine Forderungen aus dem Werkvertrage ein Pfandrecht an den von ihm hergestellten oder ausgebesserten beweglichen Sachen des Bestellers, wenn sie bei der Herstellung oder bei der Ausbesserung in seinen Besitz gelangt sind (648).

B. Die Unternehmer eines Bauwerkes oder eines Theiles eines solchen (Baugewerksmeister, Handwerker) können für ihre Forderungen die Eintragung einer Sicherungshypothek an dem Grundstücke des Bestellers (1184 ff.) und, so lange das Werk noch nicht vollendet ist, für einen Theil der Vergütung, welcher der geleisteten Arbeit entspricht, und für die in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen verlangen. Die Lieferanten der Baumaterialien haben diesen Anspruch nicht, da sie zur Vorleistung nicht verpflichtet sind und das Zurückbehaltungsrecht haben. Verweigert der Besteller die Einräumung, so kann nach 883 ff. eine Vormerkung im Wege der einstweiligen Verfügung (CPO. § 936 ff.) eingetragen werden. Der Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek ist also weder auf alle Forderungen ausgedehnt, noch auf die fälligen Forderungen beschränkt.

VIII. Die Endigung des Werkvertragsverhältnisses.

A. Der Tod des Unternehmers oder des Bestellers haben nur dann Bedeutung, wenn die Personen des Unternehmers und Bestellers für die Leistung wesentlich waren. Mit dem Tode des Unternehmers ist dann Unmöglichkeit der Leistung gegeben. Die Erben haben keinen Anspruch auf verhältnißmäßige Vergütung, sondern nur auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung. Ebenso liegt es bei Eintritt dauernder Unfähigkeit des Unternehmers.

Die gleiche Bedeutung hat der Tod des Bestellers.

B. Die Kündigung.

1. Dem Besteller steht, so lange das Werk nicht vollendet ist, das freie Kündigungsrecht zu. Der Unternehmer kann im Falle

Digitized by Google

der Kündigung die volle Vergütung verlangen unter Anrechnung Dessen, was er in Folge der Aufhebung des Vertrages erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig, d. h. in der Absicht, den Besteller zu schädigen, unterläßt. Einen weitergehenden Schadensersatzanspruch hat der Unternehmer nicht (649).

2. Ebenso liegt es, wenn das Werk unter einem Kostenanschlage übernommen ist und der Unternehmer die Gewähr für die Richtigkeit des Anschlages übernommen hat (650).

3. Hat aber der Unternehmer diese Gewähr nicht übernommen und steht sicher zu erwarten, daß der Anschlag erheblich überschritten werden wird, und kündigt aus diesem Grunde der Besteller, so kann der Unternehmer nur einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Theil der Vergütung und Ersatz der in der Vergütung nicht begriffenen Auslagen beanspruchen (650. 645). Der Unternehmer hat dem Besteller unverzüglich Anzeige zu machen, sobald eine solche Ueberschreitung zu erwarten ist. Die Unterlassung macht ihn schadensersatzpflichtig nach 254, wenn nicht der Besteller von der Ueberschreitung Kenntniß hatte. Darüber, ob der Unternehmer, der das Werk über die Zeit, in der die Anzeige erfolgen mußte, fortsetzt, den Mehrwerth verlangen kann, entscheiden die allgemeinen Grundsätze.

IX. Verhältniß von Werkvertrag und Kauf (651).

A. Verpflichtet sich der Unternehmer, das Werk aus einem von ihm zu beschaffenden Stoffe herzustellen, und handelt es sich um Herstellung von vertretbaren Sachen, so ist das Geschäft Kauf. Zu diesen Geschäften gehören auch die Spezifikationskäufe[1]. Die Arbeitsleistung des Unternehmers tritt hier zurück hinter der Lieferung (Uebergabe und Eigenthumsverschaffung). Daher ist der Unternehmer verpflichtet, die hergestellte Sache zu übergeben und dem Besteller das Eigenthum zu verschaffen. Thatfrage ist es, ob die Parteien eine Sache mit der objektiven Eigenschaft der Vertretbarkeit im Auge hatten oder eine individuelle Sache.

B. Liefert dagegen der Unternehmer den Stoff zu einer von ihm herzustellenden nicht vertretbaren Sache, so ist auch dieser Vertrag Kauf; denn es kommt auch hier darauf an, daß der Unternehmer die Sache dem Besteller übergiebt und ihn zum Eigenthümer macht. Daraus ergiebt sich aber mittelbar auch die Pflicht zur

[1] Emerich, a. a. O. (1899), S. 30 und § 23. Oertmann, S. 376. A. M. Planck, S. 390.

Digitized by Google

Herstellung der Sache, die hier nicht wie bei Z. 1 zurücktritt. Daher sind gewisse Bestimmungen über den Kauf ausgeschlossen, und die Vorschriften des Werkvertragsrechtes (Werklieferungsvertrag) finden Anwendung[1].

1. Die Verpflichtungen der Parteien bestimmen sich nicht wie beim Kauf (433), sondern wie beim Werkvertrag. Die Verpflichtung zur Uebergabe und Rechtsverschaffung besteht aber auch hier wie beim Kaufe.

2. Die Gefahr geht nicht über mit der Uebergabe (446, Abs. 1, Satz 1. 447), sondern nach VI.

3. Die Haftung wegen Mängel bestimmt sich nicht nach 459. 460. 462—464, sondern nach IV. Der Besteller kann daher nicht sofort Wandelung und Minderung, sondern zunächst nur Beseitigung des Mangels erlangen.

4. Die Ansprüche des Bestellers verjähren nicht nach 477—479, sondern nach IV. D.

5. Die gleiche Regelung tritt ein, wenn neben dem Unternehmer, welcher den Hauptstoff liefert, auch der Besteller Hauptstoff und nicht nur Nebenstoff liefert, ferner auch dann, wenn es sich nicht um Herstellung, sondern um Veränderung einer Sache handelt[2].

C. Liefert der Unternehmer nur Zuthaten oder sonstige Nebensachen, so ist der Vertrag stets Werkvertrag. So der Vertrag über den Bau eines festen Gebäudes auf dem Grund und Boden des Bestellers, wenn auch der Unternehmer das Baumaterial liefert (anders bei Buden-, Cirkusgebäuden).

§ 124.

Der Mäklervertrag[3].

I. Die Bestimmungen des Gesetzes finden keine Anwendung auf die Handelsmäkler (HGB. §§ 93 ff.), die amtlich bestellten

---

[1] Vgl. aber HBG., § 381, Abs. 2.

[2] Vgl. Emerich, a. a. O., S. 31.

[3] Materialien: M. II. S. 509 ff. P. II. S. 342 ff. BRA. S. 93 ff.

Litteratur: 1889: Gierke, Der Entwurf, S. 248. Koch, Beitr., H. 4, S. 30. 1890: Hachenburg, GA., S. 155. 1891: Jacoby, Annalen d. d. Reichs, S. 94 f. Kohler, Arch. f. bürg. Recht, Bd. 5, S. 166 ff. 1892: Jakubezky, Bemerkungen, S. 140. Riesenfeld, Gruch. Beitr., Bd. 36, S. 790 ff. Neubauer, Arch. f. bürg. Recht, Bd. 6, S. 1 ff. Bähr, Gegenentwurf, S. 134 f. 1893: Riesenfeld, Gruch. Beitr., Bd. 37, S. 27 ff. 257 ff. 530 ff. 814 ff. Grützmann, Sächs. Arch., Bd. 3, S. 685. 1896: Reuling, Gruch. Beitr., Bd. 40. S. 193 ff. 1897: Kohler, Arch. f.

Digitized by Google

Handelsmäkler (HGB. § 373), die Börsenmäkler (RBörsengesetz vom 22. Juni 1896) und die Gesindemäkler (EG. Art. 95, Gew.O. § 35), soweit für diese besondere Vorschriften gelten. Unter das Gesetz fallen: die Häuser-, Güter-, Hypothekenmäkler und der Ehevermittler.

II. Der Mäklervertrag ist zweiseitiger Vertrag[1], durch den sich der Auftraggeber zur Zahlung eines Mäklerlohnes für eine gewisse vom Mäkler zu entfaltende Thätigkeit verpflichtet. Die Thätigkeit des Mäklers ist gerichtet auf den Nachweis von Vertragsgelegenheit oder die Vermittelung des Vertragsschlusses. Regelmäßig übernimmt der Mäkler die Thätigkeit nur gegen Entgelt. Möglicherweise erfolgt die Uebernahme der Mäklerthätigkeit in dem Sinne, daß der Mäkler nur berechtigt, nicht auch verpflichtet werden soll. In diesen Fällen könnte man allerdings nur von einem einseitigen Vertrage sprechen, d. h. einem einseitigen bedingten Versprechen des Auftraggebers. Regelmäßig übernimmt der Mäkler aber die Verpflichtung zu Bemühungen und haftet dann für Verschulden bei Ausrichtung derselben. In solchen Fällen ergiebt sich ein gegenseitiger Vertrag, der nach den Grundsätzen des Auftrages, des Dienst- oder Werkvertrages oder nach seinem durch Auslegung festzustellenden besonderen Inhalte zu beurtheilen ist. Ist die Feststellung der Natur des Mäklervertrages im konkreten Falle und damit die des Inhaltes der Parteipflichten erfolgt, so greifen stets die Bestimmungen des Gesetzes über den Mäklerlohn ein.

III. Die Vereinbarung eines Mäklerlohnes kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. Das Letztere ist anzunehmen, wenn die dem Mäkler übertragene Leistung den Umständen nach (z. B. gewerbsmäßiger Betrieb des Mäklergeschäftes) nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Gleichgültig ist, ob der Uebertragende gewußt hat, daß die betreffende Leistung nur gegen Vergütung zu

bürg. R., Bd. 12, S. 317 ff. Tezner, Jur. Tag 24, Bd. 2, S. 124 ff. Burchard, ebenda, S. 235 ff. Bunsen I, § 79. Crome, D. partiarischen Rechtsgeschäfte, S. 396 ff. 411 ff. 1898: Weyl I, § 114. Hachenburg, Das BGB., S. 16. Leske, § 82. 1899: Kuhlenbeck, Von den Pandekten ꝛc. II, § 43. Krückmann, § 20. v. Buchka, § 19. Endemann I, § 175. Cosack I, § 152. Meyer, Allgem. österr. Ger.-Zeitung, 1899, Nr. 3—6. (auch SA.). Tränkner, Sächs. Arch., Bd. 9, S. 173. Schepp, Das öffentl. R. im BGB., S. 56 f.

[1] Vgl. Crome, a. a. O., S. 415 ff. Oertmann, S. 377 ff. Riesenfeld, a. a. O., S. 277. 847. Planck, S. 393 f. Lediglich als einseitiger Vertrag wird der Mäklervertrag bestimmt von Burchard, a. a. O., Endemann I, § 175 und Reuling, a. a. O.

Digitized by Google

erwarten war oder nicht. Ist die Höhe der Vergütung nicht bestimmt, so ist bei Bestehen einer Taxe der taxmäßige Lohn, in Ermangelung einer Taxe der übliche Lohn als vereinbart anzusehen (653, vgl. 612. 632). Die Bestimmung des Lohnes nähert den Vertrag dem Dienst- oder Werkvertrag, er unterscheidet sich aber von diesem durch die Bestimmung in 652 (vgl. IV).

Ueber die Höhe des Mäklerlohnes entscheidet also die Vereinbarung der Parteien. Ist aber der Mäkler mit dem Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines Dienstvertrages oder mit der Vermittelung eines solchen betraut, so kann ein vereinbarter unverhältnißmäßig hoher Mäklerlohn auf Antrag des Schuldners durch Urtheil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden, solange der Lohn noch nicht entrichtet ist (655, vgl. 343).

IV. Der Anspruch des Mäklers auf Mäklerlohn und Aufwendungen (652). Der Anspruch auf Mäklerlohn und Ersatz von Aufwendungen richtet sich immer nur gegen Den, der ihn versprochen hat, nicht gegen Den, der den Mäkler seine Thätigkeit lediglich entwickeln läßt (652. 653).

A. Der Mäklerlohn ist im Zweifel nicht versprochen für die Leistung des Mäklers (Nachweis der Gelegenheit, Vermittelung) schlechthin, sondern nur für den Fall, daß der Vertrag, auf dessen Abschluß die Mäklerthätigkeit führen soll, auch wirklich zu Stande kommt und zwar

1. in Folge gerade des Nachweises oder der Vermittelung des Mäklers. Der Nachweis der Person oder des Objektes oder die Vermittelung muß zum Vertrage geführt haben. Demnach kann der Mäkler den Lohn dann nicht verlangen, wenn Derjenige, der seine Thätigkeit in Anspruch genommen hat, den Vertragsschluß verweigert oder verhindert. Der ursächliche Zusammenhang wird aber nicht schlechthin ausgeschlossen, wenn der Betreffende mit arglistiger Umgehung des Mäklers den von diesem gehörig vorbereiteten Vertrag selbst abschließt. Ist im letzteren Fall der ursächliche Zusammenhang ausgeschlossen, so bliebe dem Mäkler nur der Anspruch auf Schadensersatz nach 823. 826.

2. Der Vertrag muß auch wirksam zu Stande kommen, daher kein Anspruch auf Mäklerlohn, wenn der Vertrag zwar geschlossen, aber nichtig ist. Wird der Vertrag unter suspensiver Bedingung geschlossen, so kann demnach der Mäklerlohn erst bei Eintritt der Bedingung verlangt werden; wird er unter auflösender Bedingung geschlossen, so ist der Mäklerlohn zwar verdient, kann aber nach den

Digitized by Google

Grundsätzen über die ungerechtfertigte Bereicherung zurückgefordert werden (812)[1]. War der geschlossene Vertrag anfechtbar, und erfolgt die Anfechtung, so liegt es nach 142 so, als wenn der Vertrag von Anfang an nichtig gewesen wäre. Daher tritt Rückforderung nach 812 ff. ein. Wird dagegen der Vertrag später von den Parteien wieder aufgehoben, so kann die Gebühr nicht zurückgefordert werden[2].

B. Aufwendungen kann der Mäkler, sei es neben dem Mäklerlohn, sei es anstatt desselben, wenn ein Anspruch auf solchen nicht begründet ist (652), nur ersetzt verlangen, wenn ihm das versprochen ist. Wieweit er dann Aufwendungen ersetzt verlangen kann, bestimmt sich nach dem Versprechen und nach 256. Stillschweigende Vereinbarung und Ersatzpflicht gilt auch hier, nicht aber die Vorschrift in 653.

C. Der Anspruch auf Mäklerlohn und Ersatz von Aufwendungen kann auch beiden Vertragsparteien gegenüber begründet sein. Zweifellos dann, wenn das Versprechen von den Parteien in Kenntniß des Umstandes abgegeben wird, daß ein Versprechen von der andern Seite vorliegt. Ist das nicht der Fall, so ist der Anspruch dennoch beiden Parteien gegenüber begründet, wenn eine Interessenkollision nicht vorliegt, z. B. der Mäkler hat nur den Nachweis eines Vertragsobjektes oder des Vertragstheiles übernommen. Liegt dagegen Interessenkollision vor, so kann Derjenige, der zuerst dem Mäkler die Thätigkeit übertrug und ihm den Lohn versprach, erwarten, daß er sich lediglich seinem Interesse dienstbar mache; die Annahme der Uebertragung auch von dem andern Theile und darin liegendes Thätigwerden schließt Nichterfüllung der zuerst übernommenen Leistung ein, und der Anspruch auf Mäklerlohn besteht dann gegenüber dem ersten Auftraggeber nicht (242. 276. 325—327). Diese sich aus allgemeinen Grundsätzen ergebende Folge setzt 654 ausdrücklich fest.

D. Das Versprechen eines Vermögensvortheiles für die Vermittelung des Zustandekommens einer Ehe oder für den Nachweis der Gelegenheit zur Eingehung einer Ehe kann nach 138, Absatz 1, nichtig sein. In jedem Falle verletzt es das Anstandsgefühl, und die abweichenden Auffassungen bestimmter Bevölkerungskreise sind nicht zu respektiren. Die Klage auf Erfüllung ist ausgeschlossen; ist aber erfüllt, so ist die Rückforderung (condictio indebiti) ausgeschlossen.

---

[1] Planck S. 395. Neumann, S. 298 f. A. M. Oertmann, S. 380.

[2] A. M. Neumann, S. 299, in dem Falle der Aufhebung durch Rücktritt des Mäklers.

Digitized by Google

Die Gültigkeit des Versprechens ist damit anerkannt; es erzeugt aber nur eine natürliche Verbindlichkeit (vgl. Bd. I, § 72)[1].

Die gleiche Behandlung erfährt eine Verbindlichkeit, die der Versprechende dem Ehemäkler gegenüber zur Erfüllung seines Versprechens auf Mäklerlohn eingegangen ist, z. B. ein Schuldanerkenntniß (780. 781).

§ 125.

Der Auftrag[2].

I. Der Begriff.

Der Auftrag ist derjenige Vertrag, durch den sich der eine Theil (Beauftragter) dem anderen (Auftraggeber) zur unentgeltlichen Besorgung übertragener Geschäfte verpflichtet.

A. Das übertragene Geschäft kann nicht nur Rechtshandlung oder Rechtsgeschäft, sondern auch rein thatsächlicher Natur sein. Es

---

[1] A. M. Kohler, Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. 12, S. 334.

[2] Materialien: M. II. S. 525 ff. P. II. S. 351 ff. 516 f. 664 f.; VI. S. 187. 190. 760. BRK. S. 95. Begründung d. Nov. z. CPO., S. 238 f.

Litteratur: 1888: Bähr, Zur Beurtheilung, S. 82 ff. Bekker, Beitr., H. 2, S. 19 ff. 1889: Laband, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 74, S. 324 ff. Frese, Zur gemeinrechtlichen Lehre von der beauftragten Vermögensverwaltung ꝛc, bes. S. 207 ff. Bernhöft, Beitr., H. 12, S. 63 ff. Goldschmidt, Krit. Erörterungen, S. 98 ff. Neumann, Gruch. Beitr., Bd. 33, S. 694 f. Strohal, Jahrb. f. Dogm., Bd. 28, S. 370. 1890: Löwenfeld, GA., S. 861 ff. 873 ff. 929 ff. Hachenburg, GA., S. 151 ff. Rocholl, Vorschläge, S. 38. Klewitz, Die Verpflichtung zur Rechnungslegung. Zitelmann, Beitr., H. 9/10, S. 88. 92 ff. 141. 183. 1891: Jacoby, Annalen d. d. Reichs, S. 95 ff. 1892: Jakubezky, Bemerkungen, S. 141 f. Bähr, Gegenentwurf, S. 112 ff. 1893: Grützmann, Sächs. Arch., Bd. 3, S. 685 ff. 1894: Unger, Jahrb. f. Dogm., Bd. 33, S. 325 ff. 345 f. Magalinski, Die Haftung des Rathgebers. Hanau, Die Voraussetzungen, unter welchen nach gemeinem Recht der Mandant für den Schaden haftet (Diss.). 1895: Eisele, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 84, S. 319 ff. Schloßmann, Zeitschr. f. d. ges. Handelsr., Bd. 43, S. 515 ff. 1896: Maschke, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 85, S. 123 ff. Carlebach, Actio mandati. 1897: Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte, S. 438 ff. 472 ff. Bunsen I, § 81. Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse, §. 8. 1898: Leske, § 84. Weyl I, § 116. Hachenburg, Dienstvertrag und Werkvertrag (SA.). 1899: Kuhlenbeck, Von den Pandekten ꝛc. II, § 35. Krückmann, § 22. v. Buchka, § 19. Endemann I, § 177. Cosack I, § 150. Tränkner, Sächs. Arch., Bd. 9, S. 174 ff.

Digitized by Google

kann sich um ein Geschäft oder eine Mehrheit von Geschäften, z. B. eine Vermögensverwaltung, handeln.

1. Das übertragene Geschäft darf nicht lediglich im Interesse des Beauftragten liegen. Dann liegt eine Rathsertheilung, Auskunft oder Empfehlung vor. Der Rathgeber hat nicht die Absicht, sich zu verpflichten, der Berathene handelt auf eigene Gefahr, wenn er den Rath befolgt. Es können aber andere Umstände den Rathgeber verpflichten, nämlich:

a. die arglistige Ertheilung des Rathes (823 ff.);

b. ein Vertragsverhältniß zwischen Rathgeber und Berathenem, das ersteren zur Ertheilung von Rath und zur Sorgfalt verpflichtet, wie sie dem Vertrage entspricht. Ein Vertragsverhältniß wird da angenommen werden müssen, wo Jemand in Ausübung eines Gewerbes oder Berufes Auskunft, Rath, Empfehlung ertheilt, namentlich wenn es gegen Entgelt geschieht. Darunter fallen auch die Fälle, in denen Sachverständige in Kunst und Wissenschaft Rath ertheilen; anders dagegen liegt es bei den Beamten, für die eine Verpflichtung zur Rathsertheilung dem Publikum gegenüber nach öffentlichem Recht besteht, deren Verantwortlichkeit dem Berathenen gegenüber sich aber ebenfalls nach öffentlichem Rechte bestimmt (676).

2. Nach dem Wortlaut des Gesetzes sind Gegenstand des Auftrages „Geschäfte", des Dienstvertrages „Dienste", des Werkvertrages ein „Werk". Ist damit ein Unterschied gegenüber dem Auftrage gegeben? Das ist zu verneinen. Dienst- und Werkvertrag und Auftrag können sich gleicherweise auf operae liberales und illiberales beziehen. Dem Worte „Geschäft" in 662 kommt eine technische Bedeutung nicht zu. Man hat gesagt[1], Geschäft soll nur dann vorliegen, „wenn durch die Thätigkeit des Beauftragten die Beziehungen des Auftraggebers zur Außenwelt getroffen werden." Ohne nähere Bezeichnung dieser Beziehungen zur Außenwelt wäre aber die Unterscheidung zu unbestimmt. Die Unterscheidung ist auch dem BGB. fremd[2]. Ueber den Begriff der Geschäftsbesorgung in 675 vgl. IV.

B. Wesentlich ist dem Auftrage die Unentgeltlichkeit (662). Die Geschäfte dürfen nicht so übernommen werden, daß der Beauftragte einen Anspruch auf eine Vergütung erwirbt, mag sich diese als ein Lohn oder als Honorar darstellen. Dadurch scheidet sich der Auf-

[1] Bunsen I, S. 269 ff.

[2] So auch Schollmeyer, S. 40. Hachenburg, Dienstvertrag u. Werkvertrag (SA.), S. 11 ff.

Digitized by Google

trag vom Dienst- und Werkvertrage (vgl. 612). Eine freiwillige, nachträgliche Vergütung der Geschäftsbesorgung schließt dagegen den Auftrag nicht aus. In einer solchen nachträglichen Vergütung wird eine remuneratorische Schenkung liegen. Der Dienst- und Werkvertrag, der auf Geschäftsbesorgung im engeren technischen Sinne geht, rückt allerdings nahe an den Auftrag heran (vgl. VI.).

Durch die Unentgeltlichkeit der Uebernahme wird der Auftrag niemals zur Schenkung. Die Zwecke der Geschäfte schließen sich aus.

C. Die Widerruflichkeit ist ein wesentliches Element des Auftrages nicht mehr, sondern nur ein naturale (671). Das Gleiche gilt von der höchstpersönlichen Natur (664), vgl. V.

II. Der Abschluß des Vertrages.

Der Abschluß erfolgt formlos, stillschweigend oder ausdrücklich. Die Annahme eines Auftrages ist Sache freier Willkür, nur ist gewissen Personen, an die ein Antrag zum Auftrage ergeht, eine Erklärungspflicht auferlegt (663). Will der Betreffende den Auftrag nicht annehmen, so muß er die Ablehnung erklären. Diese Pflicht trifft:

A. Diejenigen, die zur Besorgung gewisser Geschäfte öffentlich bestellt sind[1]. Dahin gehören Beamte, Rechtsanwälte, Gerichtsvollzieher und alle Fälle dem Publikum bekannt gegebener Bestellung. Soweit einem Beamten, der zur unentgeltlichen Geschäftsbesorgung bestellt ist, eine unentgeltliche Geschäftsbesorgung angetragen ist, wird sich seine Pflicht, sich über die Nichtannahme zu erklären, nach dem öffentlichen Rechte bestimmen. Die Beamten scheiden deshalb hier aus. Die Bestimmung hätte auch wenig Bedeutung, da die Beamten, wenn sie zur unentgeltlichen Geschäftsbesorgung bestellt sind, regelmäßig auch verpflichtet sind, den Auftrag anzunehmen und auszuführen. Ein privatrechtliches Auftragsverhältniß besteht aber in solchem Falle überhaupt nicht.

Die Bestimmung trifft aber Rechtsanwälte und Gerichtsvollzieher, immer vorausgesetzt, daß ihnen eine unentgeltliche Geschäftsbesorgung angetragen wird, die sie auf Grund ihrer öffentlichen Bestellung auch übernehmen können.

B. Die Erklärungspflicht trifft Denjenigen, der sich zur Besorgung gewisser Geschäfte öffentlich erboten hat, z. B. Gesindevermiether, Bankiers. Das Erbieten muß auf unentgeltliche Besorgung gerichtet

[1] Vgl. Schepp, Das öffentl. Recht im BGB. (1899), S. 57.

Digitized by Google

sein. Die Erklärungspflicht trifft nicht auch Denjenigen, der sich lediglich zur Geschäftsbesorgung gewisser Art oder nur zur Besorgung gegen Entgelt erboten hat, z. B. nicht den Bankier, der sich zur entgeltlichen Besorgung von Werthpapieren öffentlich erboten hat und nun einen Auftrag zur unentgeltlichen Besorgung erhält[1]. Die Erklärungspflicht und die Schadensersatzpflicht kann nur Demjenigen gegenüber bestehen, der auf die Annahme des Auftrages, also auf die unentgeltliche Uebernahme rechnen durfte. Die Vorschrift in 663 ist daher durchweg restriktiv zu interpretiren. Dahin führt auch HGB. § 362, an welche Bestimmung sich 663 im Grundgedanken anschließt.

C. Die Erklärungspflicht liegt Demjenigen ob, der sich dem Auftraggeber gegenüber zur Besorgung gewisser Geschäfte erboten hat.

D. Will der Bestellte oder sich Erbietende den auf die gewissen Geschäfte gerichteten Auftrag nicht annehmen, so muß er die Ablehnung unverzüglich anzeigen. Unterläßt er die Anzeige, so macht er sich schadensersatzpflichtig. Der Auftragsvertrag wird nicht als zu Stande gekommen fingirt (HGB. § 362). Bei der Anwendung der Vorschrift in 663 ist aber davon auszugehen, daß nicht schon nach 151 der Vertrag wirklich ohne Erklärung der Annahme zu Stande gekommen ist. Die Schadensersatzpflicht folgt aus 823, Abs. 2.

III. Die Verpflichtungen des Beauftragten.

A. Der Beauftragte ist verpflichtet, den Auftrag auszuführen. Er ist im Zweifel nur dem Auftraggeber verpflichtet; eine Abtretung des Anspruches auf Ausführung ist also ausgeschlossen (399). Er haftet für jede Sorgfalt. Welche Geschäfte und wie er sie auszuführen hat, ergiebt die Auslegung.

1. Im Zweifel hat aber der Beauftragte den Auftrag persönlich auszuführen. Die Uebertragung der Ausführung ist also im Zweifel nicht gestattet. Die Gestattung kann sich aber aus ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung ergeben. Ist die Uebertragung gestattet, so hat der Beauftragte nur das ihm bei der Uebertragung zur Last fallende Verschulden (z. B. in der Auswahl, in der Unterlassung auftragsgemäßer Instruktion) zu vertreten, nicht dagegen auch ein Verschulden des Dritten (278). Ist die Uebertragung nicht gestattet, so darf nach 665 der Beauftragte nur dann die Ausführung übertragen, wenn er den Umständen nach an-

[1] A. M. Schollmeyer, a. a. O., S. 39, Note 1. Hachenburg, a. a. O., S. 18 ff.

Digitized by Google

nehmen darf, daß der Auftraggeber bei Kenntniß der Sachlage die Uebertragung billigen würde; bei ausdrücklichem Verbot des Auftraggebers ist solche Annahme stets ungerechtfertigt. Ist die Annahme gerechtfertigt, so hat der Beauftragte dem Auftraggeber von der Uebertragung Anzeige zu machen und seine Entschließung abzuwarten, wenn nicht Gefahr im Verzuge ist. Eine nicht statthafte Uebertragung verpflichtet zum vollen Schadensersatz[1].

2. Ob der Beauftragte Gehülfen bei der Ausführung hinzuziehen darf, richtet sich nach der Auslegung. Die Auslegungsregel unter Z. 1 gilt hier nicht[2]. In der Gestattung der Uebertragung liegt aber auch die der Zuziehung von Gehülfen; sie wird sich auch in den meisten Fällen aus der Natur des Geschäftes ergeben. Die befugte und unbefugte Zuziehung von Gehülfen verpflichtet immer nach 278, auch im Falle der Gestattung der Uebertragung, weil der Beauftragte auch hier die Ausführung selbst betreibt. Im Falle unbefugter Zuziehung haftet der Beauftragte für jeden Schaden, der aus dieser Vertragsverletzung erwachsen ist (vgl. Bd. I, § 83, IV.).

3. *Besondere Weisungen des Auftraggebers, die bei Ertheilung des Auftrages* erfolgen, sind Bestandtheil des Auftrages. Daher ist es selbstverständlich, daß der Beauftragte diese zu befolgen hat. Da sich aber im Rahmen des Auftrages der Beauftragte dem Interesse des Auftraggebers dienstbar macht, gilt das Gleiche von *nachträglichen* Weisungen, die im Rahmen des Auftrages liegen. Derartige Weisungen können nicht nur ausdrücklich, sondern auch stillschweigend ertheilt sein. Der Beauftragte darf von solchen Weisungen nur abweichen, wenn er den Umständen nach annehmen darf, daß der Auftraggeber bei Kenntniß der Sachlage die Abweichung billigen würde. Der Beauftragte soll aber durch *Anzeige* die Entschließung des Auftraggebers zuvor einholen, wenn nicht Gefahr mit dem Aufschub verbunden ist (665). Nicht in demselben Maße, in dem der Beauftragte zu Abweichungen berechtigt ist, ist er dazu auch verpflichtet. Die *Berechtigung* ist beschränkt durch das wohlverstandene Interesse des Auftraggebers, die *Verpflichtung*

[1] Ob der Auftraggeber einen direkten Anspruch gegen den dritten Substituten erwirbt, hängt davon ab, ob der Beauftragte mit dem Substituten im Namen des Auftraggebers einen Vertrag geschlossen hat, und ob Vollmacht oder Genehmigung des Auftraggebers oder die Voraussetzungen einer Geschäftsführung des Substituten ohne Auftrag vorliegen.

[2] Vgl. Oertmann, S. 396. Planck, S. 414. Neumann, S. 307. A. M. Schollmeyer, a. a. O., S. 68.

Digitized by Google

durch den Auftrag selbst, welcher wie immer, so auch hier nach Treu und Glauben auszulegen ist. Man hat diese Verpflichtung auch aus der Selbständigkeit des Beauftragten, der nicht blos mechanisches Werkzeug des Auftraggebers sei, herleiten wollen[1]. Diese Begründung aber führt viel zu weit.

4. Der Beauftragte darf den Rahmen des Auftrages nicht überschreiten. Liegt eine wirkliche Ueberschreitung vor, mag ein günstigeres oder ungünstigeres Resultat erzielt sein, so braucht der Auftraggeber dieses nicht als Erfüllung gelten zu lassen. Es liegt Geschäftsführung ohne Auftrag vor, z. B. Einkauf oder Verkauf unter oder über dem festgesetzten Einkaufs- oder Verkaufspreise. Bei der Feststellung, ob eine Ueberschreitung vorliegt, ist allerdings 157 zu beachten. Dessen Anwendung ergiebt den Rahmen des Auftrages, und damit ist über die Bindung des Auftraggebers entschieden. An eine Ueberschreitung desselben ist der Auftraggeber niemals gebunden.

B. Der Beauftragte hat dem Auftraggeber, nöthigenfalls auch unaufgefordert, die erforderlichen Nachrichten zu geben, z. B. von der Ausführung des Auftrages. Wo diese Pflicht nicht ausdrücklich ausgesprochen ist, ergiebt sie sich aus der Natur des Auftrages und nach 157. Auf Verlangen muß der Beauftragte über den Stand des Geschäftes Auskunft ertheilen (666, vgl. 260 u. HGB. § 384, vgl. Bd. I, § 78).

C. Der Beauftragte hat nach Ausführung des Auftrages Rechenschaft abzulegen (259, vgl. Bd. I, § 78).

D. Die Herausgabepflicht (667).

Diese besteht auch unabhängig von einer zuvor bewirkten Rechnungslegung. Wird der Beauftragte auf Herausgabe belangt, so kann er Rechnung legen und dadurch die Herausgabepflicht seinerseits bestimmen.

Die Herausgabepflicht erstreckt sich auf Das, was der Beauftragte zur Ausführung des Auftrages erhalten und was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt hat; sie umfaßt auch Nutzungen, Zubehör und Zuwachs. Hat der Beauftragte also im eigenen Namen kontrahirt, so muß er auch die Forderungen abtreten, die er gegen Dritte erworben hat.

Unter die Herausgabepflicht fallen auch Geschenke und Extraprovisionen, die der Beauftragte von Dritten erhalten hat, wenn der

[1] Fischer-Henle zu 665, Note 1. Schollmeyer, a. a. O., S. 68. Vorsichtiger Oertmann, S. 399.

Digitized by Google

Beauftragte diese Vortheile gerade wegen des Abschlusses der aufgetragenen Geschäfte und nicht aus Wohlwollen gegen seine Person (Trinkgelder) vom Dritten empfing[1].

E. Die Verzinsungspflicht (668).

Diese besteht für Gelder, die der Beauftragte herauszugeben oder für den Auftraggeber zu verwenden hatte, die er aber für sich verwendet, von der Zeit der Verwendung an (vgl. 246). Diese Pflicht besteht auch bei gutgläubiger Verwendung. Die Liquidation höheren Schadens ist nicht ausgeschlossen. Bei Verwendung von Sachen, die nicht Geld sind, in eigenem Nutzen, kann 823 Platz greifen.

IV. Die Verpflichtungen des Auftraggebers.

A. Der Auftraggeber ist verpflichtet, dem Beauftragten einen Vorschuß zu leisten, soweit er für die Ausführung des Auftrages erforderlich ist. Der Beauftragte kann auf Vorschußleistung klagen. Ist ein Vorschuß erforderlich und will der Beauftragte keine Auslagen machen, so muß er den Vorschuß einfordern. Wird er verweigert, so ist der Beauftragte von der Verantwortung für seine Unthätigkeit frei (669).

B. Der Auftraggeber muß diejenigen Aufwendungen dem Beauftragten ersetzen, die derselbe den Umständen nach für erforderlich halten darf (subjektiver Maßstab). Die Verpflichtung bestimmt sich nach 256. 257. 258, vgl. Bd. I, § 77. Wegen anderer Verwendungen kann der Beauftragte Klage wegen ungerechtfertigter Bereicherung erheben.

C. Die Schadensersatzpflicht trifft den Auftraggeber, wenn dem Beauftragten aus der Geschäftsführung ein Schaden entsteht, nicht schlechthin. Selbstverständlich haftet der Auftraggeber, wenn er den Schaden verschuldet hat (z. B. durch nachlässige Instruktion des Auftraggebers). Eine Schuld des Auftraggebers wird auch dann anzunehmen sein, wenn er die Gefahr voraussehen mußte und es unterließ, den Beauftragten zu unterrichten. Wenn Auftraggeber und Beauftragter oder wenigstens der Beauftragte die Gefahr bei Uebernahme des Auftrages gekannt haben, so wird die Gefahr häufig vom Beauftragten übernommen sein, und es besteht dann keine Haftung des Auftraggebers. War der Schaden für beide Theile voraussehbar oder wenigstens für den Beauftragten, d. h. hätten sie ihn nach der Beschaffenheit des Auftrages und den obwaltenden Umständen in den

[1] Oertmann, S. 401. A. M. Cosack I, S. 514. 537.

Digitized by Google

Kreis ihrer Berechnung ziehen können, so wird das Gleiche gelten. Eine Haftung des Auftraggebers besteht besonders dann nicht, wenn die Voraussehbarkeit ganz fortfällt (z. B. bei einem Eisenbahnunglück wird der Beauftragte verletzt)[1].

D. Wieweit der Beauftragte die Verpflichtungen des Auftraggebers im Wege der Retention geltend machen kann, darüber vgl. 273, Bd. I, § 69.

V. Das Erlöschen des Auftrages.

Der Auftrag erlischt durch Zeitablauf, Eintritt der auflösenden Bedingung, Ausführung, Vereinbarung der Parteien und durch Unmöglichkeit der Ausführung nach allgemeinen Grundsätzen.

Mit dem Erlöschen des Auftrages können neue Ansprüche aus dem Auftragsverhältniß nicht mehr erwachsen. Das gilt ebenso für die dem Auftrage eigenthümlichen Erlöschungsgründe:

A. Widerruf und Kündigung (671), d. h. die stillschweigende oder ausdrückliche Erklärung der Parteien, daß sie von dem Vertrage zurücktreten. Kündigung und Widerruf sind empfangsbedürftige Willenserklärungen[2].

1. Auf Widerruf und Kündigung kann verzichtet werden[3]. So kann z. B. in der Annahme eines Auftrages auf bestimmte Zeit der Verzicht auf die Kündigung liegen. Der Verzicht auf den Widerruf ist von Bedeutung für Aufträge, die auch im Interesse des Beauftragten ertheilt sind. Der Verzicht auf Kündigung schließt für den Beauftragten die Kündigung wegen eines wichtigen Grundes (schwere Krankheit) nicht aus.

[1] So Planck, S. 418 f. Andere erweitern die Haftung des Auftraggebers: Vgl. Hanau, Die Voraussetzungen, unter welchen nach gemeinem Recht der Mandant für Schaden haftet, welcher dem Mandatar bei Ausführung seines Auftrages erwächst (Diss. 1894). H. kommt S. 84 darauf hinaus, daß der Auftraggeber, abgesehen von der Verschuldung, dann haften soll, wenn der Schaden „durch ein im Auftrage selbst liegendes Moment veranlaßt ist". Vgl. andere Unterscheidungen bei Unger, a. a. O., S. 335. Eisele, a. a. O., S. 319 ff. Kekulé, Die Schadensersatzpflicht des Mandanten nach gem. Recht (1894). Burchard, Krit. VJSchr., Bd. 38 (1896), S. 26 ff. Oertmann, S. 403 f.

[2] Immerwahr, Die Kündigung (1898) S. 168 ff.

[3] A. M. Oertmann, S. 405. Planck, S. 420, bez. des Widerrufes; entweder soll der Verzicht nach 138 nichtig sein, oder das Geschäft soll aus dem Rahmen des Auftrages herausfallen. Immerhin werden solche Geschäfte in manchen Beziehungen nach Auftragsrecht zu beurtheilen sein. Wie wir sie benennen, ist eine untergeordnete Frage.

Digitized by Google

2. Widerruf und Kündigung können zwar jederzeit erfolgen, unzeitige Kündigung verpflichtet aber den Beauftragten zum Schadensersatz. Unzeitig ist die Kündigung, wenn sie erfolgt, ohne daß der Auftraggeber für die Besorgung des Geschäftes anderweit Fürsorge treffen kann. Liegt ein wichtiger Grund vor, den der Beauftragte zu beweisen hätte, so kann auch zur Unzeit gekündigt werden. In jedem Falle löst die unzeitige Kündigung das Vertragsverhältniß.

B. Tod und Geschäftsunfähigkeit der Parteien (672. 673).

1. Der Tod des Auftraggebers und seine Geschäftsunfähigkeit bewirken niemals schlechthin Erlöschen des Auftrages, sondern nur eine Abschwächung des Auftrages, wenn das ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart ist. Die Vereinbarung hat Derjenige zu beweisen, der sie behauptet. Liegt eine solche Vereinbarung nicht vor, so ist der Beauftragte den Erben oder dem Auftraggeber verpflichtet, wie zuvor; liegt sie vor, so muß der Beauftragte, soweit Gefahr mit dem Aufschube verbunden ist, die Geschäftsbesorgung fortsetzen, solange bis der Erbe oder der gesetzliche Vertreter anderweit Fürsorge treffen kann. Der Auftrag besteht also mit abgeschwächtem Inhalte fort. Das abgeschwächte Mandat greift auch dann Platz, wenn die Besorgung des Geschäftes im Moment des Todes noch gar nicht in Angriff genommen war.

Selbstverständlich gehen die bei Tod bereits begründeten Ansprüche aktiv und passiv auf die Erben über bez. bleiben bei vollem Bestand.

2. Der Tod und die Geschäftsunfähigkeit des Beauftragten. Hier tritt das höchstpersönliche Element mehr hervor. Wenn nichts Anderes vereinbart ist, so erlischt der Auftrag mit dem Tode des Beauftragten. Aber dieses Erlöschen ist kein völliges, sondern inhaltliche Abschwächung: die Erben haben unter allen Umständen dem Auftraggeber den Tod des Beauftragten unverzüglich anzuzeigen und, wenn mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist, die Besorgung des Geschäftes, soweit sie ihnen möglich ist, fortzusetzen, bis der Auftraggeber anderweit Fürsorge treffen kann.

Erlischt der Auftrag nicht, was der dieses Behauptende zu beweisen hat, so besteht die Verpflichtung für die Erben wie für den Erblasser.

Geschäftsunfähigkeit des Beauftragten hat für sich keinen Einfluß auf den Fortbestand des Auftrages.

C. Die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen

Digitized by Google

des Beauftragten ist ohne Einfluß, die über das Vermögen des Auftraggebers bewirkt Erlöschen, soweit sich der Auftrag auf das zur Konkursmasse gehörige Vermögen bezieht (KO. § 23).

D. Die Rechtsfolgen des Erlöschens treten im Falle des Widerrufes zeitlich nach den Regeln über die empfangsbedürftigen Willenserklärungen ein. Von diesem Falle abgesehen, gilt der Auftrag zu Gunsten des Beauftragten als fortbestehend, bis derselbe von dem Erlöschen Kenntniß erlangt hat oder hätte erlangen müssen. Bis zu diesem Moment kann der Beauftragte die Geschäfte weiter besorgen, Ersatz der Aufwendungen verlangen ꝛc., er muß aber auch den Verpflichtungen nachkommen, die einen Geschäftsführer ohne Auftrag treffen, die mit denen eines Beauftragten übereinstimmen. Der Beauftragte wird so behandelt, als bestünde der Auftrag noch fort. Das ist dann nicht angängig, wenn der Beauftragte gekündigt hat.

VI. Dienst- und werkvertragmäßige Geschäftsbesorgung (675). Bestehen bei einem Dienstvertrage die versprochenen Dienste oder bei einem Werkvertrage das übernommene Werk in einer Geschäftsbesorgung, so fällt der Vertrag wegen der Entgeltlichkeit dieser Geschäfte an sich nicht unter die Vorschriften für den Auftrag, es finden aber eine Reihe dem Auftrage eigenthümlicher Vorschriften Anwendung.

A. Geschäftsbesorgung bedeutet hier nothwendigerweise Engeres als in 662, was aber dieses sein soll ist streitig. Es handelt sich um eine solche Thätigkeit des Dienstverpflichteten oder des Unternehmers, welche die rechtlichen Verhältnisse (nicht nur das Vermögen) des andern Theiles berührt, also um eigentliche Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen[1].

B. Anwendung finden: 663 (die Erklärungspflicht, II.), die Vorschriften in 665—674 über die Verpflichtungen der Parteien (III. IV.), jedoch können die Vorschußpflicht und Aufwendungsersatzpflicht nicht in Betracht kommen, wenn der Entgelt zur Deckung der Aufwendungen mitbestimmt ist. Weiter sind anwendbar die Bestimmungen über die Endigung des Verhältnisses durch Tod und Geschäftsunfähigkeit der Parteien. Erlischt aber der Dienst- und Werkvertrag, mit dem die Besorgung der Geschäfte verbunden ist, so können nicht daneben noch die Vorschriften über Erlöschen des Auftrages zur An-

[1] A. M. Hachenburg, a. a. O., S. 12 ff. Oertmann, S. 409. Endemann I, S. 801. Cosack I, S. 508. Hellmann, Krit. VJSchr., Bd. 41 (1899), S. 22. Tränkner, a. a. O.

Digitized by Google

wendung kommen. Steht dem Verpflichteten das Recht der Kündigung ohne Kündigungsfrist zu, so darf wie beim Auftrage (671, Abs. 2) nicht zur Unzeit gekündigt werden (V. A. Z. 2). Ueber den Einfluß des Konkurses des Verpflichteten vgl. KO. § 23, Abs. 2.

§ 126.

Der Verwahrungsvertrag[1].

I. Dem Verwahrungsvertrage kann ein Vorvertrag über Verwahrung vorausgehen (pactum de deponendo). Der Verwahrer wird aus einem solchen Vertrage verpflichtet, die Sache in Verwahrung zu nehmen, der andere Theil aber nicht zur Hinterlegung. Möglich ist aber, daß auch der Hinterleger sich schadensersatzpflichtig macht (z. B. der Verwahrer hat Vorbereitungen getroffen ꝛc.) und der Verwahrer kann aus zwingenden Gründen die Verwahrung ablehnen (696).

II. Der Verwahrungsvertrag hat zum Inhalt die Uebergabe einer beweglichen Sache seitens des Hinterlegers zur Aufbewahrung unter Verpflichtung des Empfängers (Verwahrers) zur Rückgabe[2].

A. Der Hauptzweck des Geschäftes muß die Aufbewahrung der beweglichen Sache sein. Eine Verwahrungspflicht ergiebt sich

[1] Materialien: M. II. S. 569 ff. P. II. S. 391 f.: VI. S. 187. 193. BRR. S. 95.

Litteratur: 1888: Bähr, Zur Beurtheilung, S. 85. Rießer, Zeitschrift f. d. ges. Handelsrecht, Bd. 35 (Beil.-H.), S. 368 ff. 1889: Koch, Beitr., H. 4, S. 31 ff. Kohler, Arch. f. bürg. Recht, Bd. 2, S. 239. Bähr, ebenda, S. 125. Gierke, Der Entwurf, S. 251. 1890: Reatz, GA., S. 507. 542 ff. 576. 1128 ff. 1149. 1891: Jacoby, Annalen d. d. Reichs, S. 99. 1892: Bähr, Gegenentwurf, S. 92. Jakubezky, Bemerkungen, S. 144. 1893: Grützmann, Sächs. Arch., Bd. 3, S. 688 f. 1894: Unger, Jahrbuch f. Dogmat., Bd. 33, S. 318 ff. 1897: Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte, S. 455 ff. 472 ff. Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse, S. 237 f. Bunsen I, § 83. Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse, § 7. 1898: Stobbe-Lehmann III, § 237. Leske § 86. Weyl I, § 118. Mandry-Geib, S. 463 f. 1899: Kuhlenbeck, Von den Pandekten ꝛc. II, § 33. Krückmann, § 13. v. Buchka, § 20. Cosack I, § 154. Endemann I, § 185. Tränkner, Sächs. Archiv, Bd. 9, S. 178 ff.

[2] Die Natur des Vertrages als eines Realvertrages wird bestritten, u. A. A. von Cosack I, § 154. Meisner zu 688 und Hellmann, Krit. VJSchr., Bd. 41 (1899), S. 222. 252 f. Dagegen Danz, Jahrbuch f. Dogmat., Bd. 38 (1898), S. 479. Schollmeyer (1897), S. 60. Oertmann, S. 425. Vgl. Planck, S. 436.

Digitized by Google

vielfach als Nebenverpflichtung aus anderen Hauptverpflichtungen (Leihe, Dienst- und Werkvertrag). Der Verwahrungsvertrag kann aber auch als Nebenvertrag einem anderen Vertrage hinzutreten (Kaufvertrag). Die Einräumung des Gebrauches ist, auch abgesehen vom Falle III., dem Wesen des Hinterlegungsvertrages nicht schlechthin zuwider. Ist aber die wesentliche Absicht auf Gebrauchseinräumung gerichtet, so ist Gebrauchsleihe, Sachmiethe oder sonstiger Vertrag anzunehmen. Ist bloße Gewährung des Raumes beabsichtigt, so liegt kein Verwahrungsvertrag vor (vgl. D.).

B. Gegenstand der Verwahrung sind nur bewegliche Sachen (688), bei unbeweglichen Sachen liegt bei gleichem Bewahrungszweck Dienstvertrag oder Auftrag vor. Eigene und fremde Sachen des Hinterlegers, auch eigene des Verwahrers können zum Gegenstande der Verwahrung gemacht werden.

C. Der Vertrag kann entgeltlich und unentgeltlich geschlossen werden. Eine Vergütung gilt als stillschweigend vereinbart, wenn die Aufbewahrung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist (689). Der Verwahrungsvertrag ist also regelmäßig entgeltlicher Vertrag. Durch die Beschränkung auf die Verwahrung unterscheidet sich der Vertrag von Auftrag und Dienstvertrag[1].

D. Die Verpflichtungen der Parteien.

1. Des Verwahrers.

a. Der Verwahrer haftet regelmäßig für jede Fahrlässigkeit. Bei unentgeltlicher Uebernahme ermäßigt sich seine Haftung: er hat nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (690). Vereinbarung kann den Umfang der Haftung abändern.

b. Der Verwahrer ist zur Aufbewahrung verpflichtet. Darin liegt die Pflicht zur Obhut und Erhaltung.

α. Bei gemeinsamer Gefährdung eigener und der in Verwahrung genommenen Sachen bestimmt sich die Pflicht, die verwahrte Sache vor der eigenen zu retten, nach den Umständen[2].

β. Der Verwahrer ist nicht befugt, die Sache einem Andern (Substituten) in Verwahrung zu geben. Hinterlegt der Verwahrer unbefugterweise bei einem Andern, so haftet der Verwahrer unbedingt

[1] Die Schwierigkeit dieser Unterscheidungen und ihre praktische Geringfügigkeit hebt Stammler (1897), S. 237, Note 4, hervor.

[2] Vgl. Koch, Beitr., H. 4 (1889), S. 32.

Digitized by Google

für die Folgen. Hinterlegt er befugterweise, so haftet er für culpa in eligendo, für Nachlässigkeit in der Informirung des Unterverwahrers oder in der Ueberwachung desselben, kurz, für das Verschulden, das ihm bei dieser Hinterlegung zur Last fällt. Die Befugniß zur weiteren Hinterlegung kann ihm ausdrücklich oder stillschweigend eingeräumt sein. Ist der Verwahrer außer Stande, die Sache weiter selbst zu bewahren, so wird er nicht sofort einen Substituten ernennen dürfen, sondern er wird zunächst den Hinterleger zur Zurücknahme auffordern müssen (696. 691).

γ. Die Zuziehung von Gehülfen kann dem Verwahrer ausdrücklich und stillschweigend eingeräumt sein. Im Zweifel ist sie ihm insoweit eingeräumt, als sie nach den Umständen und der Sitte gewöhnlich und üblich und kaum vermeidlich erscheint. Bedient sich der Verwahrer unbefugterweise eines Gehülfen, so haftet er unbedingt für die Folgen. Ist er dazu befugt, so tritt die regelmäßige Haftung für die Gehülfen (278) ein (691).

δ. Die Art der Aufbewahrung (z. B. der Ort derselben) bestimmt sich nach dem Vertrage. Will der Verwahrer von der Bestimmung abweichen, so kann er solche Aenderung treffen, von der er den Umständen nach annehmen darf, daß der Hinterleger bei Kenntniß der Sachlage sie billigen werde. Der Verwahrer hat, wenn nicht Gefahr im Verzuge ist, vor der Aenderung Anzeige an den Hinterleger zu machen und dessen Entscheidung abzuwarten.

Für die Folgen ungerechtfertigter Abweichung steht der Verwahrer schlechthin ein. Dahin würde auch ein Gebrauch gehören, der nicht zur Erhaltung der Sache erforderlich ist (Ausreiten des Pferdes). Der Hinterleger kann dem Verwahrer nicht nachträglich Abweichungen vorschreiben. Der Verwahrer ist auch zur Aenderung der vereinbarten Aufbewahrungsart in der oben bezeichneten Weise verpflichtet (692).

c. Der Verwahrer ist zur Rückgabe der Sache verpflichtet.

α. Die Rückgabe erfolgt mit Früchten und Zuwachs. Hat der Verwahrer hinterlegte Gelder eigenmächtig für sich verwendet, so hat er sie von der Verwendung an zu verzinsen (698).

β. Ueber den Einwand, daß der Verwahrer Eigenthümer, der Hinterleger nicht Eigenthümer sei, sondern ein anderer Dritter, vgl. Bd. I, § 120, II, B. Z. 1. d.

γ. Aufrechnung und Zurückbehaltung sind nur insoweit

Digitized by Google

ausgeschlossen, als dieses vereinbart ist, bez. sich aus diesen Rechten von selbst ergiebt.

δ. Die Zeit der Rückgabe. Der Hinterleger kann die hinterlegte Sache jederzeit zurückfordern, auch wenn für die Verwahrung eine Zeit bestimmt ist. Das folgt aus dem Wesen des Hinterlegungsvertrages. Fordert der Hinterleger zurück, so ist damit das Vertragsverhältniß noch nicht gelöst, sondern erst mit der Rückgabe (695).

ε. Der Ort der Rückgabe ist derjenige, an dem die Sache aufzubewahren war. Hier hat der Hinterleger zu holen (697).

2. Die Pflichten des Hinterlegers.

a. Der Hinterleger hat dem Verwahrer nur den Schaden zu ersetzen, der dem Verwahrer durch die Beschaffenheit der Sache zugefügt wird, vorausgesetzt, daß der Hinterleger die Beschaffenheit der Sache gekannt hat oder fahrlässigerweise nicht gekannt hat und vorausgesetzt, daß er sie, wenn er sie kannte, dem Verwahrer nicht mittheilte. Die Kenntniß der Beschaffenheit beim Verwahrer steht in der Bedeutung der Anzeige des Hinterlegers gleich. Die Anzeige ist vollendet, sobald sie zugekommen ist; Kenntnißnahme ist nicht erforderlich. Der Hinterleger hat zu beweisen, daß er die Beschaffenheit nicht gekannt hat und auch nicht kennen mußte, bez. daß er dem Verwahrer Kenntniß gegeben hat, bez. daß der Verwahrer Kenntniß hatte (694).

b. Der Hinterleger hat dem Verwahrer diejenigen Verwendungen zu ersetzen, die der Verwahrer den Umständen nach für erforderlich halten darf (vgl. 670). Es ist also, wie bei der Geschäftsführung ohne Auftrag, eine Verwendung in Frage, die mit dem Aufbewahrungszwecke in enger Verbindung steht, d. h. eine solche, die der Aufbewahrungszweck fordert, nicht bloß eine nützliche. Es handelt sich nicht nur um Aufwand auf die Sache selbst (z. B. gehören auch Rettungskosten aus Wassers- und sonstiger Gefahr hierher). Ausgeschlossen ist der Aufwand, der nach dem Verwahrer stillschweigend oder ausdrücklich übernommen ist; dahin gehört der Aufwand, der zu der regelmäßigen Verwahrung unerläßlich, gewöhnlich und üblich ist, und derjenige Aufwand, für den die Vergütung das Aequivalent zu bieten bestimmt ist. Hat der Verwahrer Geld aufgewendet, so hat dieses der Hinterleger von der Verwendung an zu verzinsen (693).

c. Der Hinterleger hat die Sache jederzeit auf Verlangen des Verwahres zurückzunehmen, wenn keine Verwahrungszeit be-

Digitized by Google

stimmt ist, aber nur unter Gewährung angemessener Frist zur Zurücknahme (157. 242). Ist eine Verwahrungszeit bestimmt, so kann der Verwahrer die vorzeitige Rücknahme nur aus wichtigen Gründen (Aufgabe von Räumen, Krankheit) verlangen. Dem Hinterleger steht auch hier eine mäßige Zeit frei, die Rücknahme zu bewirken. Das Verlangen des Verwahrers befreit diesen allein nicht von der Vertragspflicht für die Zukunft.

d. Der Hinterleger ist verpflichtet, die Vergütung zu entrichten (699). Diese ist fällig bei Beendigung der Hinterlegung, kann also durch Zurückbehaltung gegenüber der Klage auf Rückgabe geltend gemacht werden. Ist sie nach Zeitabschnitten bemessen, so tritt Fälligkeit nach Ablauf der einzelnen Zeitabschnitte ein. Endigt die Hinterlegung vorzeitig (695. 696), so hat, wenn der Vertrag nichts Anderes ergiebt, der Verwahrer einen Anspruch auf einen entsprechenden Theil der Vergütung.

e. Der Hinterleger ist zur Herausgabe des Depotscheines (Depositalscheines) verpflichtet (371).

III. Der unregelmäßige Hinterlegungsvertrag (700).

A. Wenn vertretbare Sachen hinterlegt werden mit der Abrede, daß das Eigenthum auf den Verwahrer übergehen und dieser Sachen gleicher Art, Güte und Menge zurückgeben soll, oder wenn bei der Hinterlegung vertretbarer Sachen dem Verwahrer der Gebrauch derselben gestattet wird und dieser den Gebrauch macht, so steht der Vertrag prinzipiell unter den Grundsätzen des Darlehens, im letzteren Falle von dem Momente an, in dem die Aneignung durch den Verwahrer erfolgt ist. Ob solche Vereinbarungen getroffen sind, ist Auslegungsfrage. Die Vereinbarungen können ausdrücklich oder stillschweigend getroffen sein (vgl. aber C.). In beiden Fällen liegt aber ein Darlehensvertrag nicht vor[1]. Die Absichten der Parteien gehen hier nicht auf Befriedigung des Kapitalbedürfnisses des Verwahrers, sondern auf Aufbewahrung im Interesse des Hinterlegenden, auch wenn Depositalzinsen vom Verwahrer gezahlt werden. Diese stellen sich als Betheiligung des Hinterlegers am Gewinn des Verwahrers dar. Nur in gewissen Beziehungen wird das Recht des Darlehens den Absichten der Parteien gerecht. Daher:

B. Die Auslegungsregel: Zeit und Ort der Rückgabe regeln sich nach dem Rechte des Hinterlegungsvertrages. Es gilt

[1] Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte (1897), S. 464. Oertmann, S. 433. A. M. Cosack I, S. 555. Endemann I, S. 841.

Digitized by Google

also nicht die gesetzliche Kündigungsfrist (609), vielmehr kann trotz verabredeter Aufbewahrungszeit jederzeit zurückgefordert werden, und der Ort der Rückgabe bestimmt sich nach 697, nicht nach 270. Ob weitere Besonderheiten eintreten (z. B. Ausschluß der Aufrechnung), ist im einzelnen Falle durch Auslegung festzustellen.

C. Bei Werthpapieren, die nicht schlechthin vertretbare Sachen sind, sondern nur vielfach so behandelt werden, können die unter A. bezeichneten Vereinbarungen nur ausdrücklich getroffen werden[1].

§ 127.

Die Einbringung von Sachen bei Gastwirthen[2].

I. Der sogen. Gastaufnahmevertrag ist kein selbständiger Vertragstypus[3]; an sich verschiedene Verträge (Miethe ꝛc.), die auf Gastaufnahme gerichtet sind, nehmen die eigenartige Natur des Gastaufnahmevertrages an.

Dafür ist wesentlich:

A. daß die Aufnahme von einem Gastwirth ausgeht, der gewerbemäßig Fremde zur Beherbergung aufnimmt, nicht also von Restaurateuren und Stallwirthen;

B. daß die Aufnahme erfolgt ist im Betriebe dieses Gewerbes; also gehört nicht hierher die unentgeltliche Beherbergung eines Bekannten, während die unentgeltliche Beherbergung eines Fremden, dem Speisen und Getränke gegen Entgelt gereicht werden, hierher gehört.

---

[1] Reichsgesetz vom 5. Juli 1896, betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Werthpapiere. Busemann, Das kaufmännische Depositum von Geld- und Werthpapieren (Diss. 1899).

[2] Materialien: M. II. S. 584 ff. P. II. S. 402 ff.; VI. S. 193 f. D. S. 85 f. BRK. S. 95 f.

Litteratur: 1889: Gierke, Der Entwurf, S. 251 ff. Koch, Beitr., H. 4, S. 35. 1891: Mittelstein, Arch. f. bürg. R., Bd. 5, S. 282 ff. 1892: Sturm, Die Haftung der Gastwirthe. Bähr, Gegenentwurf, S. 118. Jakubezky, Bemerkungen, S. 144 f. Grützmann, Sächs. Arch., Bd. 3, S. 689 f. 1896: Meisner, Krit. Bemerk., S. 75 ff. 1897: Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse, S. 4. Bunsen I, § 84. 1898: Weyl 1, § 119. Leske, § 87. Fuld, Das Miethsrecht nach dem BGB., S. 258 ff. 1899: Kuhlenbeck, Von den Pandekten ꝛc. II, § 46. Krückmann, § 13. v. Buchka, § 20. Endemann I, § 186. Tränkner, Sächs. Arch. Bd. 9, S. 180 f. Eschenburg, Die Rechtsstellung der Wirthe nach dem heutigen Privatrechte (Diss.).

[3] Vgl. Zschimmer, Die Offerte an das Publikum (1897), S. 61 ff.

Digitized by Google

II. Der Gastaufnahmevertrag erzeugt besondere Vertragspflichten nicht, sondern nur eine Steigerung der Haftung des Wirthes und seiner Rechte.

A. Der Umfang der Haftung des Gastwirthes.

Der Gastwirth hat dem Gaste den Schaden zu ersetzen, den der Gast durch die Beschädigung oder den Verlust eingebrachter Sachen erleidet.

1. Eingebracht sind die Sachen, welche der Gast dem Wirthe oder seinen Leuten, die zur Entgegennahme bestellt sind oder nach den Umständen als dazu bestellt anzusehen waren, übergeben hat (z. B. an den Hausknecht oder Hotelwagenkutscher am Bahnhof ꝛc.), oder welche der Gast an einen ihm von den genannten Personen angewiesenen Ort gebracht hat, oder in Ermangelung einer Anweisung an den dafür bestimmten Ort.

Eingebracht sind auch die Sachen, die der Gast bei sich trägt, und diejenigen, die er nach Aufnahme einbringt.

2. Die Haftung hört in Betreff der zurückgelassenen Sachen nicht auf bei vorübergehender, wohl aber, von besonderen Vereinbarungen zwischen Gast und Wirth abgesehen[1], bei definitiver Entfernung des Gastes. Hört die Haftung auf, so entscheiden die Grundsätze des Verwahrungsvertrages, Auftrages, der Spedition ꝛc.

3. Gleichgültig ist, ob der Schaden durch den Wirth, seine Leute oder Dritte verursacht und verschuldet ist, oder sogar zufällig eintrat. Die Haftung hört nur dann auf, wenn der Gastwirth beweist,

a. daß der Schaden vom Gaste, einem Begleiter des Gastes oder einer Person, die er bei sich aufgenommen hat, verursacht (nicht verschuldet) ist[2],

b. oder, daß der Schaden durch die Beschaffenheit der Sache oder

c. durch höhere Gewalt entstanden ist (Bd. I, § 61), oder endlich

d. daß durch besondere Vereinbarung mit dem Gaste die Haftung des Gastwirthes ermäßigt oder erlassen ist. Auf eine durch Anschlag kundgemachte Erklärung, in der er die Haftung ablehnt, kann sich der Wirth nicht berufen, und die Thatsache, daß ein solcher Anschlag von ihm gemacht war, genügt noch nicht zur Annahme einer mit dem Gaste getroffenen Vereinbarung.

4. Der Gast hat demnach nur die Einbringung und den Verlust ꝛc. zu beweisen.

---

[1] Vgl. Planck, S. 448.

[2] Zu beachten ist hier 254, wenn Mitwirkung des Gastes vorliegt.

Digitized by Google

5. Eine Milderung der nach Z. 1—4 begründeten Haftung tritt ein bei Geld, Werthpapieren, Kostbarkeiten[1]. Der Gastwirth haftet hier nur bis zum Betrage von eintausend Mark; eine auch dem Betrage nach unbeschränkte Haftung tritt nur ein, wenn

a. der Gastwirth die Werthsachen in Kenntniß ihrer entscheidenden Eigenschaft zur Aufbewahrung übernommen hat. Damit ist der Gast veranlaßt, die Aufbewahrung dem Wirthe anzubieten;

b. wenn der Gastwirth die Aufbewahrung ablehnt, ohne daß damit der Aufnahmevertrag endigt oder die Haftung vertragsmäßig ermäßigt oder erlassen ist. Damit ist der Wirth veranlaßt, die Aufbewahrung zu übernehmen, er ist aber keineswegs hierzu vertragsmäßig verpflichtet. Den Beweis der entscheidenden Thatsachen hat der Gast zu erbringen;

c. hat eine Uebernahme oder ein Angebot zur Aufbewahrung nicht stattgefunden, so würde der Wirth nur bis zum Betrage von 1000 Mk. haften. Es tritt aber die unbeschränkte strengere Haftung ein, wenn der Wirth oder seine Leute den Schaden verschuldet haben, mag es sich um unerlaubte Handlungen[2] oder Verletzung besonderer kontraktlicher Pflichten handeln. Die Beweislast bestimmt sich in diesem Falle nach den allgemeinen Grundsätzen (702).

B. Der Gast kann die strenge (beschränkte und unbeschränkte) Haftung des Wirthes nur dann geltend machen, wenn er unverzüglich nach erlangter Kenntniß vom Schaden dem Wirthe Anzeige macht. Unterlassen der Anzeige und nicht rechtzeitige Anzeige machen den Anspruch erlöschen, wenn die Sachen nicht dem Wirthe zur Aufbewahrung übergeben waren; denn hier ist er in der Lage, die Angaben des Gastes auch nach längerer Zeit noch zu prüfen. Der Gast ist keineswegs vertragsmäßig verpflichtet, die Anzeige zu machen (703).

C. Die Gastaufnahme hat, auch wenn ein Miethsvertrag nicht zu Grunde liegt, einen Einfluß insofern, als dem Gastwirth wegen seiner Forderungen für Wohnung und andere dem Gaste zur Be-

---

[1] Vgl. HGB. §§ 429. 456, Abs. 2. 462. 607. 708. Die als Vollkaufleute zu erachtenden Gastwirthe sind außerdem dem Reichsdepotgesetz vom 5. Juli 1896 unterworfen (gesonderte Aufbewahrung, Eintragung in ein Depotbuch). Vgl. Hohenemser, D. Jur.-Ztg., Jahrg. (1897). S. 38.

[2] Hier findet also 831 keine Anwendung.

Digitized by Google

friedigung seiner Bedürfnisse gewährten Leistungen und wegen seiner Auslagen, wie dem Vermiether an den eingebrachten Sachen des Gastes ein Pfandrecht zusteht (704, Bd. I, § 115).

---

3. Kapitel.

Der Gesellschaftsvertrag.

§ 128.

Der Gesellschaftsvertrag[1].

I. Begriff. Der Gesellschaftsvertrag ist der gegenseitige Vertrag, der von Mehreren zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes geschlossen wird.

A. Eigenthümlich ist der Gesellschaft der gemeinsame Zweck der Gesellschafter. Es besteht für die einzelnen Gesellschafter kein selbständiger Zweck.

Der Zweck muß möglich (306, vgl. 726), erlaubt und nicht gegen die guten Sitten sein (134. 138). Zu den verbotenen Gesellschaftsverträgen gehört auch der auf eine Gemeinschaft des zukünftigen Vermögens der Gesellschafter abzielende (310). Es kann die Ver-

[1] Materialien: M. II. S. 591 ff. P. II. S. 415 ff. 517 f. 767 f.; VI. S. 194 f. 206. 317. 327 f. D. S. 86 ff. Begründung d. Nov. z. CPO., S. 138. 160. Begründung d. Novelle z. KO., S. 240.

Litteratur: 1889: Gierke, Der Entw., S. 90 ff. 191 ff. 252 ff. Derselbe, Beitr., H. 18, S. 95 ff. 105 ff. 119. Planck, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 75, S. 341 ff. Verhandlungen d. Pr. Landes-Oek.-Koll., S. 123. 250. 475 ff. 481 ff. 1890: Boyens, GA., S. 1025 ff. 1059 ff. Schlodtmann, Zeitschrift f. d. ges. Handelsrecht, Bd. 37, S. 456 ff. 1891: Jacoby, Annalen des d. d. Reichs, S. 99 f. 1892: Jakubezky, Bemerkungen, S. 145 f. Bähr, Gegenentwurf, S. 136 ff. 1893: Grützmann, Sächs. Arch., Bd. 3, S. 690 ff. 1894: Unger, Jahrbuch f. Dogmat., Bd. 33, S. 335 ff. Adler, Zur Entwickelungslehre und Dogmatik des Gesellschaftsrechtes. 1897: Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse, § 9. Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte, S. 8 ff. Bunsen I, §§ 85. 86. 1898: Weyl I, § 120. Leske § 88. Hachenburg, Das BGB., S. 58. 201. 204. 210. 1899: Kuhlenbeck, Von den Pandekten ꝛc. II, § 47. Krückmann, § 24. v. Buchka § 20. Endemann I, §§ 180. 181. Cosack II, §§ 264—269. Tränkner, Sächs. Arch., Bd. 9, S. 181 ff.

Digitized by Google

wirklichung eines gemeinsamen Vermögensinteresses oder eines idealen Interesses der Zweck sein (Erwerbsgesellschaften, Gesellschaften zu idealen Zwecken).

B. Wesentlich ist der Gesellschaft ferner die Verpflichtung der Gesellschafter zur Förderung des gemeinsamen Zweckes, die sie einander gegenüber übernehmen.

Aus den Erfordernissen A. und B. folgt, daß Verträge, die gewisse Personen nur am Verluste, nicht am Gewinn, oder solche, die gewisse Personen nur am Gewinn, nicht aber an der Förderungspflicht theilnehmen lassen, keine Gesellschaftsverträge sind.

C. Einer Form bedarf der Gesellschaftsvertrag als solcher nicht. Erstreckt sich aber die Gesellschaft auf das gesammte gegenwärtige Vermögen oder den Bruchtheil eines solchen, so bedarf der Vertrag der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung (311).

II. Die Rechtsverhältnisse aus der Gesellschaft.

Aus der Gesellschaft erwachsen zunächst:

A. Vertragspflichten der Gesellschafter gegen einander.

1. Die Förderungs- und Beitragspflicht.

a. Kein Gesellschafter darf dem Gesellschaftszweck zuwiderhandeln.

b. Die Beiträge können in Geld, anderen vertretbaren oder nicht vertretbaren Sachen, Rechten und Diensten bestehen. Dabei kann die Absicht die sein, daß die betreffenden Gegenstände nur dem Gebrauch und der Nutzung nach oder dem Rechte nach (z. B. Eigenthumsübertragung) eingebracht sein sollen (societas quoad usum, — quoad sortem). Es besteht aber die Auslegungsregel (706, Abs. 2), daß vertretbare und verbrauchbare Sachen und die unter einer Schätzung, welche nicht blos für die Gewinnvertheilung maßgebend sein soll, eingebrachten nicht vertretbaren und nicht verbrauchbaren Sachen dem Rechte nach beigetragen sind. Für alle übrigen Fälle entscheiden die gewöhnlichen Auslegungsgrundsätze.

Der Gesellschafter ist daher verpflichtet, das Einbringungsgeschäft zu vollziehen, welches nach dem Gegenstande des Beitrages ein verschiedenes ist. Hat sich ein Gesellschafter verpflichtet, das Eigenthum an einem Grundstücke einzubringen, so bedarf insoweit schon der Gesellschaftsvertrag der Form nach 313, und weiter hat die Auflassung und Eintragung im Grundbuche zu erfolgen. Soweit Einbringung dem Rechte nach in Frage steht, ist der Gesellschafter nach 493 zur Rechtsverschaffung und bez. der eingebrachten Sachen zur Gewährleistung wegen physischer Mängel verpflichtet.

Digitized by Google

Wieweit der Gesellschafter bei der Einbringung quoad usum die versprochene Nutzung zu gewährleisten hat, richtet sich nach der Natur des Einbringungsgeschäftes und seines Gegenstandes.

c. Die Höhe der Beiträge kann im Gesellschaftsvertrage frei bestimmt werden, im Zweifel sind die Beiträge gleich (706, Abs. 1).

d. Im Falle der Nichtleistung oder nicht vollständigen Leistung des Beitrages haben die Mitgesellschafter das Verweigerungsrecht gegen den klagenden Gesellschafter, der seinerseits mit der Leistung des Beitrages im Rückstande ist[1], und die Erfüllungsklage. Diese ist gerichtet auf Illation in das Gesellschaftsvermögen. Geräth ein Gesellschafter in Verzug mit der Leistung, so findet 326 Anwendung. Unter Umständen läge darin ein Kündigungsgrund (723).

Wird dem Gesellschafter die Erfüllung der Beitragspflicht gänzlich unmöglich, ohne seine Schuld und ohne Schuld der anderen Gesellschafter (z. B. eine versprochene Spezies-Sache geht zufällig unter), so verliert er nach 323 den Anspruch auf die Gegenleistung. Die Gesellschaft löst sich also auf[2]. Bei theilweiser Unmöglichkeit der Leistung mindert sich die Gegenleistung, d. h. die von den anderen Gesellschaftern zu leistenden Beiträge, nicht der schließlich erzielte Gewinn. Es kann aber auch nach 723 gekündigt werden und, wenn durch die theilweis unterbliebene Beitragsleistung der Gesellschaftszweck nicht mehr erreicht werden kann, die Gesellschaft nach 726 endigen. Für von ihm verschuldete Unmöglichkeit haftet der Gesellschafter nach 325.

e. Hat der Gesellschafter seiner vertragsmäßigen Beitragspflicht genügt, so ist er befreit. Eine Erhöhung des vereinbarten Beitrages oder eine Ergänzung der durch zufällige Verluste oder Verschlechterung verminderten Einlage kann von ihm nicht verlangt werden, selbst wenn es der Zweck der Gesellschaft fordern würde. Demnach geht mit der Einbringung die Gefahr auf die Gesellschafter über. Die Gesellschafter können niemals Ersatz des Verlustes vom Beitragspflichtigen verlangen. Bei der Einbringung quoad usum sind die Gegenstände selbst nicht Vermögen der Gesellschafter geworden; der Zufall trifft daher den einbringenden Gesellschafter (707. 732).

Durch den Gesellschaftsvertrag oder spätere Vereinbarung kann eine Erhöhung und Ergänzung der Einlage bestimmt sein. Die Be-

[1] Planck, S. 455. Oertmann, S. 443. A. M. Cosack II, S. 374 f.

[2] A. M. Cosack II, S. 375, Note 14.

Digitized by Google

freiung von der Erhöhung und Ergänzung der Einlage versteht sich nur im Verhältniß der Gesellschafter zu einander, nicht in ihrem Verhältniß zu den Gläubigern (vgl. 735). Ein Recht zur Ergänzung und Erhöhung des Beitrages wird man nur dann nicht annehmen können, wenn das gegen den Zweck und die Interessen der Gesellschaft verstieß [1].

2. Die Geschäftsführung und Vertretungsmacht.

a. Wer die Geschäfte der Gesellschaft zu führen hat, hat die Pflicht und das Recht der Geschäftsführung den Gesellschaftern gegenüber. Die Geschäftsführung umfaßt Geschäfte thatsächlichen Inhaltes wie Rechtsgeschäfte. Der Geschäftsführer, der ein Rechtsgeschäft im Rahmen seiner Befugniß abschließt, berechtigt und verpflichtet dadurch noch nicht die Gesellschafter dem Dritten gegenüber. Die Gesellschafter sind nur aus dem Gesellschaftsvertrage zur Anerkennung der Geschäftsführung zu ihren Gunsten und Lasten (Innengesellschaft) verpflichtet. Soll ein vom Geschäftsführer geschlossenes Geschäft auch die Gesellschafter dem Dritten gegenüber berechtigen oder verpflichten, so muß der Geschäftsführer auch Vertretungsmacht (Vollmacht) haben (Außengesellschaft).

b. Die Geschäftsführung steht nicht jedem Gesellschafter zu, sodaß den übrigen nur ein Widerspruchsrecht zustünde, solange das Geschäft noch nicht vorgenommen ist, sondern die Geschäftsführung ist eine gemeinschaftliche, d. h. es ist die positive Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich. Damit ist eine gemeinsame Vornahme des Geschäftes nicht verlangt (709, Abs. 1). Diese Bestimmung ist aber nur dispositiven Charakters. Es kann im Gesellschaftsvertrage oder durch nachträgliche Vereinbarung bestimmt sein:

α. Die Mehrheit der Gesellschafter soll entscheiden. Das ist dahin auszulegen, daß die Mehrheit nach der Zahl der Gesellschafter, nicht nach der Größe der Antheile, sich bestimmt. Im Zweifel wird der Minderheit das Gehör nicht versagt werden dürfen (709, Abs. 2).

β. Alle Gesellschafter sollen gleichmäßig zur Geschäftsführung berechtigt und verpflichtet sein. Hier kann jeder Gesellschafter durch seinen Widerspruch die Vornahme der Handlung hindern. Das dennoch vorgenommene Geschäft braucht von den übrigen Gesellschaftern nicht anerkannt zu werden (711).

[1] Oertmann, S. 446. A. M. Cosack II, S. 375, Note 15. Planck S. 459, vgl. M. II, S. 597.

Digitized by Google

γ. Einem oder mehreren Gesellschaftern wird die Geschäftsführung übertragen. Alle übrigen sind von dieser dann ausgeschlossen. Im Falle der Uebertragung an mehrere Gesellschafter ist die Geschäftsführung für diese eine gemeinschaftliche, so daß entweder alle zustimmen müssen, oder Stimmenmehrheit unter ihnen entscheidet (710). Die Uebertragung an die Mehreren kann aber auch im Sinne von β. gemeint sein. Dann haben die nicht handelnden Geschäftsführer das Widerspruchsrecht (711).

δ. Ist die Geschäftsführung einem oder mehreren Gesellschaftern übertragen, so ist durch Auslegung festzustellen, in welchem Umfange die Uebertragung stattgefunden hat. Die Uebertragung kann sich auf bestimmte Geschäfte oder Geschäftszweige beziehen. Soweit die Uebertragung umfänglich reicht, sind alle übrigen Gesellschafter ausgeschlossen.

c. Entziehung und Kündigung der Geschäftsführung (712).

Die Uebertragung der Geschäftsführung giebt Recht und Pflicht der Geschäftsführung. Daher können die Gesellschafter sie weder einseitig entziehen, noch kann der Geschäftsführer sie einseitig von sich weisen. Das ist aber nicht völlig konsequent durchgeführt.

α. Die Entziehung kann durch einstimmigen Beschluß bez., falls nach dem Gesellschaftsvertrage Mehrheitsbeschluß entscheidet, durch Mehrheitsbeschluß der übrigen Gesellschafter erfolgen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt (grobe Pflichtverletzung, Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung ꝛc.). Im Falle der Entziehung kommt, wenn der Vertrag nicht Bestimmung trifft, 709 zur Anwendung.

β. Auch der Geschäftsführer kann aus einem wichtigen Grunde kündigen. Er darf aber, wie ein Beauftragter, nicht zur Unzeit kündigen, d. h. nur so, daß die Gesellschafter für die Besorgung der Geschäfte anderweit Fürsorge treffen können. Wichtige Gründe rechtfertigen auch die unzeitige Kündigung. Ungerechtfertigte unzeitige Kündigung verpflichtet zum Schadensersatz. Verzicht auf das Kündigungsrecht ist statthaft, aber bindet den Geschäftsführer nicht, wenn ein wichtiger Grund vorliegt (712. 671, Abs. 2 und 3).

d. Der Geschäftsführer ist nicht Beauftragter der Gesellschafter. Er führt die Geschäfte als Gesellschafter. Das schließt nicht aus, daß Vorschriften für den Auftrag auch für die Gesellschaft anwendbar sind. Das Gleiche wie beim Auftrag gilt für die Substitution, sowohl was die Befugniß zu solcher als die Haftung aus einer befugten Substitution betrifft, ferner für die Haftung aus der Beiziehung von

Digitized by Google

Gehülfen (664), für die Abweichungen von Instruktionen und Anweisungen (665). Der Geschäftsführer ist weiter nach 666 zur Nachrichtsertheilung, Auskunftsertheilung und Rechenschaftsablegung, nach 667 zur Herausgabe und Einbringung Dessen, was er aus der Geschäftsführung erhält, nach 668 zur Verzinsung eingenommener oder im Interesse der Gesellschafter zu verwendender, aber für sich verwendeter Gelder verpflichtet. Andererseits kann der Geschäftsführer Vorschuß verlangen (669) und Ersatz von Aufwendungen (670)[1] aus dem Gesellschaftsvermögen bez. zu ihren Antheilen von den Gesellschaftern. Vom Beauftragten unterscheidet sich der Geschäftsführer durch die Normirung der Haftung (708, vgl. Z. 4), durch die Zulässigkeit einer Vergütung, durch die Normirung der Zeit, zu welcher er die Erstattung der Auslagen verlangen kann, wenn Gesellschaftsvermögen nicht vorhanden ist (721), und durch die Vorschriften über Entziehung und Kündigung der Geschäftsführung (671 und 712)[2].

e. Die Vertretungsmacht.

Vertretung und Geschäftsführung fallen nicht zusammen und sind nicht identisch. Ob ein Gesellschafter die übrigen vertreten kann, bestimmt sich vielmehr nach allgemeinen Grundsätzen. Soweit aber einem Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrage die Befugniß zur Geschäftsführung zusteht, ist er in Ermangelung besonderer Bestimmung auch befugt, die anderen Gesellschafter Dritten gegenüber zu vertreten, soweit die Befugniß zur Geschäftsführung reicht (714).

Ist die Vollmacht im Gesellschaftsvertrage ertheilt, so kann sie nur nach 712 durch einstimmigen Beschluß bez. Mehrheitsbeschluß, und wenn ein wichtiger Grund vorliegt, entzogen werden (715). Ist sie in Verbindung mit der Uebertragung der Geschäftsführung ertheilt, so kann sie nur mit dieser entzogen werden. Wird die Geschäftsführung vom Gesellschafter gekündigt (712, Abs. 2), so ist damit auch die Vollmacht beseitigt. Die Vollmacht allein kann nicht gekündigt werden (715).

Ist der Gesellschafter nicht im Gesellschaftsvertrage bevollmächtigt, so bestimmt sich das Erlöschen der Vollmacht nach allgemeinen Grundsätzen.

3. Was der bevollmächtigte Gesellschafter aus der Führung der Gesellschaftsgeschäfte erwirbt, wird, wenn er im Namen der Gesell-

[1] Ein Zurückbehaltungsrecht steht dem Geschäftsführer nicht zu (273), da er vorzuleisten hat. Vgl. Schollmeyer, a. a. O. S. 76 f.

[2] Erleidet der geschäftsführende Gesellschafter bei der Geschäftsführung einen Schaden, so hat er, da er nur einer Pflicht nachkommt, diesen zu tragen.

Digitized by Google

schafter erwirbt, den Gesellschaftern von selbst erworben. Erwarb er in eigenem Namen, so hat er das Erworbene den Gesellschaftern zu gemeinschaftlichem Rechte zu übertragen (713. 667).

4. Der Gesellschafter haftet bei Erfüllung seiner Verpflichtungen, die ihm als Gesellschafter obliegen, für diejenige Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (708). Besondere Vergütung macht keinen Unterschied. Ist er aber auf Grund besonderen Rechtsverhältnisses verpflichtet, so haftet er aus diesem.

5. Das Recht der Einsicht und Kontrole (716).

Der geschäftsführende Gesellschafter ist verpflichtet (713. 666) zur Auskunftsertheilung, Rechenschaftsablegung ꝛc. (Z. 2, d.). Darüber hinaus hat jeder Gesellschafter, auch wenn er von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist, das Recht, sich persönlich durch Einsicht in die Papiere und Geschäftsbücher von dem Stande der Gesellschaftsangelegenheiten zu unterrichten und sich eine Uebersicht über den Stand des Gesellschaftsvermögens anzufertigen. Er kann dieses Recht nur in Person oder durch seinen gesetzlichen Vertreter ausüben. Das Recht kann durch Vereinbarung ausgeschlossen oder beschränkt werden. Besteht aber Grund zur Annahme unredlicher Geschäftsführung (Verdacht), so kann trotz solcher Vereinbarung das Kontrolrecht geltend gemacht werden.

6. Antheil am Gewinn und Verlust. Wann zum Zwecke der Vertheilung von Gewinn und Verlust ein Rechnungsabschluß erfolgen muß, bestimmt die Vereinbarung. Liegt eine solche nicht vor, so kann der Rechnungsabschluß erst nach der Auflösung der Gesellschaft verlangt werden. Ist die Gesellschaft auf längere Zeit geschlossen, so greift die Auslegungsregel ein, daß der Rechnungsabschluß und die Gewinnvertheilung, nicht die Verlustvertheilung, am Schlusse jedes Geschäftsjahres[1] erfolgen sollen (721).

Die Antheile am Gewinn und Verlust können verschieden vereinbart sein, verschieden nach Art und Größe der Beiträge, auch verschieden für Gewinn und Verlust; die Bestimmung kann auch einem Gesellschafter oder einem Dritten überlassen sein. Liegt solche Vereinbarung nicht vor, so sind die Antheile schlechthin gleich (722, Abs. 1). Ist nur der Antheil am Gewinn oder nur der Antheil am Verlust bestimmt, so gilt diese Bestimmung im Zweifel für beide Fälle (722, Abs. 2).

---

[1] Cosack II, S. 379, Note 40, meint versehens: „bei Beginn des neuen unter Annahme eines Redaktions- Geschäftsjahres."

Digitized by Google

7. Die Ansprüche, die einem Gesellschafter aus dem Gesellschaftsverhältnisse gegen den Gesellschafter zustehen, sind nicht übertragbar und aktiv und passiv höchst persönliche. Jede Uebertragung ist nichtig (399). Daher sind auch nichtig Pfändung, Bestellung von Nießbrauch und Pfandrecht. Dahin gehört der Anspruch auf die Beiträge, auf Information gegen den Geschäftsführer ꝛc. Ausgenommen sind die Ansprüche eines Gesellschafters auf den Gewinnantheil und, was ihm bei der Auseinandersetzung zukommt, ferner Ansprüche eines Gesellschafters aus seiner Geschäftsführung, soweit deren Befriedigung vor der Auseinandersetzung verlangt werden darf, was durch besondere Vereinbarung bestimmt sein kann (717).

B. Das Gesellschaftsvermögen.

Der Gesellschaftsvertrag erzeugt unmittelbar ein Schuldverhältniß unter den Gesellschaftern. Die Verwirklichung des Gesellschaftszweckes führt aber zur Ansammlung eines Vermögens, das wiederum dem Zwecke der Gesellschaft dienen soll und deshalb als selbständiges Gesellschaftsvermögen (Zweckvermögen, Sondergut) hingestellt ist.

1. Das Gesellschaftsvermögen besteht aus den Beiträgen und dem Gesellschaftserwerbe (Sachen und Rechte)[1]. Es gilt das Surrogationsprinzip: res succedit in locum pretii, pretium in locum rei (718). Zum Gesellschaftsvermögen gehören ferner die Gesellschaftsschulden[2].

2. Das Gesellschaftsvermögen ist nicht subjektlos, auch nicht selbständiges Vermögen im Sinne einer juristischen Person, sondern steht den Gesellschaftern antheilig zu, nicht aber zu Sonderrecht (Miteigenthum ꝛc., nomina sunt ipso jure divisa), sondern gemeinschaftlich (zur gesammten Hand). Daher:

a. Die Gesellschafter können über das Gesellschaftsvermögen nur gemeinschaftlich verfügen. Kein Gesellschafter kann über seinen Antheil am Gesellschaftsvermögen oder an den einzelnen dazu gehörigen Gegenständen verfügen (Veräußerung, Belastung); ein Anspruch auf Theilung der gemeinschaftlich gewordenen Gegenstände ist ausgeschlossen (719, Abs. 1).

b. Der Schuldner aus einer Gesellschaftsforderung kann nicht eine ihm gegen einen einzelnen Gesellschafter zustehende Forderung aufrechnen. Daß die Forderung Gesellschaftsforderung (nach 718, Abs. 1) ist, kann allerdings gegen den Schuldner erst dann geltend gemacht werden,

---

[1] Bez. der Grundstücke vgl. GBO., § 48.

[2] A. M. Schollmeyer, S. 72. Dagegen Oertmann, S. 455. Cosack II, S. 367 ff.

Digitized by Google

wenn der Schuldner von der Zugehörigkeit Kenntniß erlangt hat. Den Beweis der Kenntniß hätte die Gesellschaft zu führen. Vor erlangter Kenntniß kann also der Schuldner den einzelnen Gesellschafter als seinen Gläubiger betrachten, und die Gesellschaft muß Aufrechnung, Zahlung und sonstige Rechtsgeschäfte des Schuldners mit dem einzelnen Gesellschafter gelten lassen (719, Abs. 2. 720, vgl. 406 ff.).

c. Scheidet ein Gesellschafter aus, so wächst sein Antheil den übrigen Gesellschaftern zu (738, Abs. 1).

d. Eine Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen ist nur zulässig, wenn der Gläubiger einen gegen alle Gesellschafter vollstreckbaren Schuldtitel hat (CPO. § 736). Das gilt nicht nur für die Gesellschaftsschulden, sondern für alle Schulden, für die sämmtliche Gesellschafter haften (812. 831. 843). Der Gläubiger eines einzelnen Gesellschafters kann sich aus dem gemeinschaftlichen Vermögen nicht befriedigen, sondern sich nur an die nach 717 übertragbaren Ansprüche des Gesellschafters aus dem Gesellschaftsvertrage halten.

Diese, aber nicht der Antheil des Gesellschafters an den einzelnen zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Gegenständen unterliegen der Pfändung. Der Pfändung unterliegt aber der Antheil des Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen (CPO. § 859). Dieses Pfändungspfandrecht ist jedoch dem Prinzip der gesammten Hand gemäß erheblich eingeschränkt (725). Der Gläubiger kann bei definitiv vollstreckbarem Schuldtitel die Gesellschaft ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen und so die Auseinandersetzung herbeiführen. Bei nur vorläufig vollstreckbarem Schuldtitel kann er, solange die Gesellschaft besteht, nur den Anspruch des Gesellschafters auf den Gewinnantheil geltend machen. So auch bei endgültig vollstreckbarem Titel, wenn der Gläubiger nicht kündigt.

C. Das Verhältniß der Gesellschafter zu Dritten.

Die Gesellschafter werden Dritten gegenüber unmittelbar dann berechtigt oder verpflichtet, wenn entweder alle Gesellschafter in Person oder durch einen bevollmächtigten Vertreter (Gesellschafter oder Dritten) gehandelt haben. Die so erworbenen Forderungen stehen den Gesellschaftern antheilsmäßig gemeinschaftlich zu (Gesellschaftsvermögen), die Verbindlichkeiten sind nicht gemeinschaftlich, sondern alle Gesellschafter haften nach 427 sammt und sonders. Der Gläubiger kann deshalb jeden der Gesellschafter belangen und sich auch aus dessen Privatvermögen Befriedigung verschaffen. Der belangte Gesellschafter kann eine Privatforderung gegen den Gläubiger, nicht aber eine Ge-

Digitized by Google

sellschaftsforderung aufrechnen. Der Gläubiger kann sich an das Gesellschaftsvermögen nur auf Grund eines gegen alle Gesellschafter vollstreckbaren Schuldtitels halten (CPO. § 736). Es kann aber auch antheilsmäßige Verpflichtung bedungen sein.

III. Die Auflösung der Gesellschaft.

A. Die Gründe der Auflösung[1].

1. Ist die Gesellschaft auf Zeit oder unter Bedingung eingegangen, so erlischt sie mit Ablauf der Zeit oder Erfüllung der Bedingung (723). Sie erlischt auch durch Vereinbarung der Gesellschafter.

2. Die Kündigung durch die Gesellschafter[2].

a. Zulässigkeit.

Ist eine bestimmte Zeit für die Gesellschaft nicht bestimmt (723 Abs. 1) oder ist sie auf Lebenszeit eines Gesellschafters eingegangen oder nach Ablauf der bestimmten Zeit stillschweigend und nicht auf bestimmte Zeit fortgesetzt (724), so besteht freie Kündigung für die Gesellschafter; ist eine bestimmte Zeitdauer vorgesehen, so ist die Kündigung aus wichtigem Grunde (vorsätzliche oder grobfahrlässige Verletzung einer wesentlichen Vertragspflicht durch einen anderen Gesellschafter, oder Unmöglichwerden der Erfüllung einer solchen wesentlichen Pflicht) vor Ablauf der Zeit zulässig. Ist eine Kündigungsfrist im Vertrage bestimmt, so braucht diese, wenn ein solcher wichtiger Grund vorliegt, ebenfalls nicht eingehalten zu werden (723, Abs. 1). Grundlose Kündigung ist ohne Wirkung.

Unzeitige, aber begründete Kündigung verpflichtet, wenn nicht ein wichtiger Grund für die unzeitige Kündigung vorliegt, zum Ersatz des Schadens, der aus ihr entsteht, führt aber zur Auflösung.

b. Die Kündigung ist empfangsbedürftige Willenserklärung. Sie muß allen Gesellschaftern gegenüber erfolgen, wirkt also auch erst, wenn sie allen Gesellschaftern zugekommen ist[3].

c. Das Kündigungsrecht kann durch Vereinbarung weder be-

---

[1] Streitig ist, ob ein Konkurs über das Gesellschaftsvermögen zulässig ist. Dafür Cosack II, S. 366, Z. 3 a. Dagegen Planck, S. 476, Z. 3.

[2] Immerwahr, Die Kündigung (1898), S. 178 ff.

[3] Abweichend Oertmann, S. 458, der die Kündigung an die geschäftsführenden Gesellschafter für hinreichend erklärt. Vgl. Planck, S. 472.

Digitized by Google

schränkt noch ausgeschlossen werden (723. 724). Eine solche Vereinbarung wäre nichtig und möglicherweise (139) in Folge dessen der Gesellschaftsvertrag selbst.

3. Die Kündigung durch den Privatgläubiger eines Gesellschafters (725).

4. Die Erfüllung des Zweckes oder eintretende Unmöglichkeit desselben (726). Bei Unmöglichkeit des Zweckes bedarf es daher einer Kündigung nicht.

5. Der Tod eines Gesellschafters (727)[1]. Ist keine andere Vereinbarung getroffen (z. B. dahin, daß die Gesellschaft mit den Erben des Gesellschafters oder (736), daß sie unter den übrigen Gesellschaftern fortgesetzt werden soll), so wird die Gesellschaft durch den Tod eines Gesellschafters aufgelöst, und zwar im Moment des Todes. Daraus kann sich der Uebelstand ergeben, daß die Gesellschaft aufgelöst ist, während die übrigen Gesellschafter von der Auflösung noch nichts wissen. Diesem Uebelstande begegnen folgende Bestimmungen, die einen theilweisen Fortbestand des Gesellschaftsverhältnisses in sich schließen (729, vgl. unten B.).

a. Die Erben haben den übrigen Gesellschaftern den Tod unverzüglich anzuzeigen.

b. Die Erben haben, wenn Gefahr im Aufschube liegt, die dem Erblasser übertragenen Geschäfte fortzuführen, bis die übrigen Gesellschafter in Gemeinschaft mit den Erben anderweit Fürsorge treffen können. Selbstverständlich haften die Erben auf Rechenschaftsablegung bez. der von ihrem Erblasser und bez. der von ihnen (nach 727) geführten Geschäfte nach allgemeinen Grundsätzen. Ihre Haftung ist die des Erblassers.

c. Die übrigen Gesellschafter sind ebenso (b.) zur einstweiligen Weiterführung der ihnen übertragenen Geschäfte verpflichtet.

6. Der Konkurs über das Vermögen eines Gesellschafters (728)[2]. Auch hier gilt die Gesellschaft theilweise als fortbestehend, als die übrigen Gesellschafter, wie nach 727, zur einstweiligen Fortführung der Geschäfte verpflichtet sind. Der Fortbestand der Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern kann vereinbart werden (736, vgl. außerdem 729 unter B).

B. Für alle Auflösungsgründe außer dem der Kündigung gilt nach 729 und 169 die Befugniß eines Gesellschafters aus dem Ge-

[1] Entmündigung ist nicht Auflösungs-, sondern nur Kündigungsgrund (723, Satz 2).

[2] KO., § 28.

Digitized by Google

sellschaftsforderung aufrechnen. Der Gläubiger kann sich an das Gesellschaftsvermögen nur auf Grund eines gegen alle Gesellschafter vollstreckbaren Schuldtitels halten (CPO. § 736). Es kann aber auch antheilsmäßige Verpflichtung bedungen sein.

III. Die Auflösung der Gesellschaft.

A. Die Gründe der Auflösung[1].

1. Ist die Gesellschaft auf Zeit oder unter Bedingung eingegangen, so erlischt sie mit Ablauf der Zeit oder Erfüllung der Bedingung (723). Sie erlischt auch durch Vereinbarung der Gesellschafter.

2. Die Kündigung durch die Gesellschafter[2].

a. Zulässigkeit.

Ist eine bestimmte Zeit für die Gesellschaft nicht bestimmt (723 Abs. 1) oder ist sie auf Lebenszeit eines Gesellschafters eingegangen oder nach Ablauf der bestimmten Zeit stillschweigend und nicht auf bestimmte Zeit fortgesetzt (724), so besteht freie Kündigung für die Gesellschafter; ist eine bestimmte Zeitdauer vorgesehen, so ist die Kündigung aus wichtigem Grunde (vorsätzliche oder grobfahrlässige Verletzung einer wesentlichen Vertragspflicht durch einen anderen Gesellschafter, oder Unmöglichwerden der Erfüllung einer solchen wesentlichen Pflicht) vor Ablauf der Zeit zulässig. Ist eine Kündigungsfrist im Vertrage bestimmt, so braucht diese, wenn ein solcher wichtiger Grund vorliegt, ebenfalls nicht eingehalten zu werden (723, Abs. 1). Grundlose Kündigung ist ohne Wirkung.

Unzeitige, aber begründete Kündigung verpflichtet, wenn nicht ein wichtiger Grund für die unzeitige Kündigung vorliegt, zum Ersatz des Schadens, der aus ihr entsteht, führt aber zur Auflösung.

b. Die Kündigung ist empfangsbedürftige Willenserklärung. Sie muß allen Gesellschaftern gegenüber erfolgen, wirkt also auch erst, wenn sie allen Gesellschaftern zugekommen ist[3].

c. Das Kündigungsrecht kann durch Vereinbarung weder be-

---

[1] Streitig ist, ob ein Konkurs über das Gesellschaftsvermögen zulässig ist. Dafür Cosack II, S. 366, Z. 3 a. Dagegen Planck, S. 476, Z. 3.

[2] Immerwahr, Die Kündigung (1898), S. 178 ff.

[3] Abweichend Oertmann, S. 458, der die Kündigung an die geschäftsführenden Gesellschafter für hinreichend erklärt. Vgl. Planck, S. 472.

Digitized by Google

schränkt noch ausgeschlossen werden (723. 724). Eine solche Vereinbarung wäre nichtig und möglicherweise (139) in Folge dessen der Gesellschaftsvertrag selbst.

3. Die Kündigung durch den Privatgläubiger eines Gesellschafters (725).

4. Die Erfüllung des Zweckes oder eintretende Unmöglichkeit desselben (726). Bei Unmöglichkeit des Zweckes bedarf es daher einer Kündigung nicht.

5. Der Tod eines Gesellschafters (727)[1]. Ist keine andere Vereinbarung getroffen (z. B. dahin, daß die Gesellschaft mit den Erben des Gesellschafters oder (736), daß sie unter den übrigen Gesellschaftern fortgesetzt werden soll), so wird die Gesellschaft durch den Tod eines Gesellschafters aufgelöst, und zwar im Moment des Todes. Daraus kann sich der Uebelstand ergeben, daß die Gesellschaft aufgelöst ist, während die übrigen Gesellschafter von der Auflösung noch nichts wissen. Diesem Uebelstande begegnen folgende Bestimmungen, die einen theilweisen Fortbestand des Gesellschaftsverhältnisses in sich schließen (729, vgl. unten B.).

a. Die Erben haben den übrigen Gesellschaftern den Tod unverzüglich anzuzeigen.

b. Die Erben haben, wenn Gefahr im Aufschube liegt, die dem Erblasser übertragenen Geschäfte fortzuführen, bis die übrigen Gesellschafter in Gemeinschaft mit den Erben anderweit Fürsorge treffen können. Selbstverständlich haften die Erben auf Rechenschaftsablegung bez. der von ihrem Erblasser und bez. der von ihnen (nach 727) geführten Geschäfte nach allgemeinen Grundsätzen. Ihre Haftung ist die des Erblassers.

c. Die übrigen Gesellschafter sind ebenso (b.) zur einstweiligen Weiterführung der ihnen übertragenen Geschäfte verpflichtet.

6. Der Konkurs über das Vermögen eines Gesellschafters (728)[2]. Auch hier gilt die Gesellschaft theilweise als fortbestehend, als die übrigen Gesellschafter, wie nach 727, zur einstweiligen Fortführung der Geschäfte verpflichtet sind. Der Fortbestand der Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern kann vereinbart werden (736, vgl. außerdem 729 unter B).

B. Für alle Auflösungsgründe außer dem der Kündigung gilt nach 729 und 169 die Befugniß eines Gesellschafters aus dem Ge-

[1] Entmündigung ist nicht Auflösungs-, sondern nur Kündigungsgrund (723, Satz 2).

[2] KO., § 28.

Digitized by Google

sellschaftsvertrage zur Geschäftsführung und Vertretung zu seinen Gunsten so lange als fortbestehend, als nicht der Gesellschafter von der Auflösung Kenntniß erlangt hat oder hätte erlangt haben müssen. Die betreffenden Gesellschafter können also aus ihrer Geschäftsführung oder Vertretung nicht haftbar gemacht werden. Dritte Personen, die mit dem Gesellschafter kontrahiren, können sich auf den Fortbestand der Vollmacht nur berufen, wenn sie die Auflösung weder kannten noch kennen mußten (vgl. KO. § 28).

IV. Die Auseinandersetzung. Die Auseinandersetzung bezweckt Theilung unter den Gesellschaftern. Der Theilung geht die Liquidation vorher.

A. Soweit die Auseinandersetzung es erheischt, gilt die Gesellschaft als fortbestehend, d. h. soweit begonnene Geschäfte abgewickelt und zu diesem Zwecke Geschäfte neu eingegangen werden müssen, und soweit die Erhaltung und Verwaltung des Gesellschaftsvermögens in Betracht kommt. Den bisherigen Geschäftsführern kann auch im Gesellschaftsvertrage die Geschäftsführung zur Auseinandersetzung übertragen sein. An sich ist das nicht der Fall, und von der Auflösung an haben also im Zweifel die Gesellschafter die Geschäftsführung gemeinschaftlich (709. 730).

B. Die für die Auseinandersetzung geltenden Grundsätze.

1. Es entscheidet zunächst die Vereinbarung, die aber das Recht der Gesellschaftsgläubiger auf Befriedigung nicht beeinträchtigen darf. Abgesehen davon gelten die Vorschriften über die Gemeinschaft und 732 bis 735 (731).

2. Die quoad usum eingebrachten Gegenstände sind zurückzugeben, sie gehören nicht zum Gesellschaftsvermögen.

3. Das festzustellende Gesellschaftsvermögen (Sachen, Rechte) dient in erster Linie zur Befriedigung der gemeinschaftlichen Schulden. Zu diesen gehören die Gesellschaftsschulden, d. h. die von allen Gesellschaftern oder dem gemeinschaftlichen Vertreter in Gesellschaftsangelegenheiten kontrahirten Schulden, ferner die von allen Gesellschaftern zusammen ohne Beziehung auf das Gesellschaftsverhältniß kontrahirten Schulden, und die Schulden, für deren Tilgung einem Gesellschafter die übrigen Gesellschafter als Schuldner haften (z. B. Auslagen und Ersatz nach 732), endlich diejenigen Schulden, welche den Gläubigern gegenüber unter den Gesellschaftern getheilt sind. Diese sind vom Standpunkte des Gläubigers aus keine Gesellschaftsschulden, wohl aber vom Standpunkte der Gesellschafter.

Digitized by Google

Für streitige und nichtfällige Schulden ist das zur Berichtigung Erforderliche zurückzubehalten (733, Abs. 1).

4. Sodann werden aus dem Reste quoad sortem-Einlagen zurückerstattet, und zwar, soweit sie nicht in Geld bestanden, nach dem Geldwerthe zur Zeit der Einbringung. Einlagen, die in persönlichen Diensten oder in der Benutzung von Gegenständen bestanden, werden nicht erstattet. Restitution in natura kann weder vom Gesellschafter verlangt noch ihm aufgenöthigt werden (733, Abs. 2).

5. Soweit es zum Zwecke der Schuldentilgung oder der Rückerstattung (Z. 3. 4) erforderlich ist, hat Versilberung des Gesellschaftsvermögens zu erfolgen (733, Abs. 3).

6. Der nach Tilgung der Schulden und der Rückerstattung der Einlagen verbleibende Ueberschuß ist Gewinn und kommt den Gesellschaftern nach Verhältniß ihres Antheiles am Gewinne zu. Die Theilung steht unter den Grundsätzen der Theilung im Falle einer Gemeinschaft (741 ff., Bd. I I § 139).

7. Reicht das Gesellschaftsvermögen zur Tilgung der Schulden und Rückerstattung der Einlagen nicht hin, so liegt insoweit Verlust vor, und diesen tragen die Gesellschafter nach ihrem Antheile am Verlust, also auch diejenigen Gesellschafter, die nicht erstattungsberechtigte Einlagen gemacht haben (Z. 5). Die Gesellschafter trifft also die Nachschußpflicht. Für den Betrag, der von dem einzelnen Gesellschafter nicht beigetrieben werden kann, haften die übrigen nach dem gleichen Verhältniß.

V. Das Ausscheiden eines Gesellschafters unter Fortbestand der Gesellschaft.

A. Der Fall kann eintreten,

1. wenn im Gesellschaftsvertrage für den Fall, daß ein Gesellschafter kündigt, stirbt, oder in Konkurs geräth, der Fortbestand der Gesellschaft unter den übrigen vorgesehen ist (736);

2. im Falle des Ausschlusses eines Gesellschafters durch die übrigen Gesellschafter. Dieser ist möglich, wenn im Gesellschaftsvertrage der Fortbestand der Gesellschaft nach Kündigung eines Gesellschafters vorgesehen ist und nun ein die übrigen Gesellschafter nach 723, Abs. 1, Satz 2 zur Kündigung berechtigender Umstand in der Person eines Gesellschafters eintritt. Die Ausschließung steht den Gesellschaftern gemeinschaftlich zu und erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Auszuschließenden (737).

Digitized by Google

B. Die Auseinandersetzung (738—740)[1].

Zur Auseinandersetzung sind die übrigen Gesellschafter und der Ausscheidende gegenseitig berechtigt und verpflichtet. Sie erfolgt nach der Vermögenslage zur Zeit des Ausscheidens.

Der Ausscheidende kann die quoad usum eingebrachten Gegenstände verlangen (732). Die quoad sortem eingebrachten Gegenstände kann er nicht verlangen und braucht sich die Ueberweisung von Naturalantheilen nicht gefallen zu lassen, vielmehr erhält er eine Geldabfindung in der Höhe Dessen, was er bei Auflösung im Momente des Ausscheidens erhalten haben würde. — Der Ausscheidende kann ferner Befreiung von den gemeinschaftlichen Schulden und bei noch nicht fälligen oder streitigen[2] Schulden Sicherheitsleistung für die Befreiung verlangen (738, vgl. 257). Der Ausscheidende haftet also für die bisherigen gemeinschaftlichen Schulden an sich weiter.

Ergiebt sich ein Verlust (735), so hat diesen der Ausscheidende antheilsmäßig mitzutragen (739).

Der Ausscheidende hat aber weiter auch Anspruch auf den Gewinn, der sich später aus den zur Zeit seines Ausscheidens schwebenden Geschäften ergiebt und nimmt an dem Verluste theil (722). Diese Geschäfte werden von den übrigen Gesellschaftern geführt, und sie sind dem Ausscheidenden gegenüber berechtigt, diese Geschäfte so zu führen, wie es ihnen am vortheilhaftesten erscheint. Der Ausgeschiedene hat den Anspruch auf jährliche, am Schlusse jedes Geschäftsjahres stattfindende Rechnungslegung über die inzwischen beendigten Geschäfte, auf Auszahlung des Gewinnbetrages und auf Auskunftsertheilung über den Stand der noch schwebenden Geschäfte, nicht aber auf Einsicht in die Geschäftsbücher (740. 716).

VI. Der Eintritt eines neuen Gesellschafters in die Gesellschaft ist mit Einverständniß aller Gesellschafter zulässig, also auch abgesehen von dem Falle des Eintrittes des Erben eines Gesellschafters (727)[3]. Darin liegt Abschluß eines neuen Gesellschaftsvertrages auf Grund des bisherigen; der neu eintretende Gesellschafter bekommt seinen Antheil am Gesellschaftsvermögen und übernimmt

---

[1] Vgl. Leist, Vereinsherrschaft und Vereinsfreiheit (1899), S. 19 ff. 47 f. Vgl. Bd. I § 33. II. E.

[2] Planck, S. 482. A. M. Cosack, S. 388, Note 7.

[3] Planck, S. 480. Oertmann, S. 467. Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte (1889), S. 397, Note 828. 829. A. M. Cosack II, S. 389 f.

Digitized by Google

auch den bisherigen Gesellschaftern gegenüber den Antheil an den Schulden, während für die Gläubiger die bisherige Haftung des Gesellschaftsvermögens sich nicht ändert[1].

---

4. Kapitel.

Aleatorische Verträge.

§ 129.

Der Leibrentenvertrag[2].

I. Das Gesetz regelt weder den allgemeinen Versorgungsvertrag (Alimentationsvertrag), dessen Inhalt im Einzelfalle festzustellen ist, noch den Leibgeding-, Leibzuchts-, Altentheils- oder Auszugsvertrag, der unter Landesrecht steht (EG. Art. 96)[3].

II. Die Verpflichtung zur Leistung einer Leibrente kann auf Gesetz (823. 844), richterlichem Urtheil oder Rechtsgeschäft (Verfügung von Todes wegen) oder Vertrag beruhen. Der Leibrentenvertrag ist derjenige Vertrag, durch den sich der Schuldner zur Gewährung einer periodisch wiederkehrenden Leistung von Geld, andern vertretbaren Sachen, Rechten oder zu vertretbaren Handlungen an den Gläubiger verpflichtet. Diese Verpflichtung kann auch gegen Entgelt übernommen sein (einseitiger — gegenseitiger Leibrentenvertrag)[4]. Der Vertrag kann auch zu Gunsten eines Dritten geschlossen sein (330).

---

[1] Vgl. aber die vorher S. 634 in Note 3 Genannten.

[2] Materialien: M. II. S. 635 ff. P. I. S. 751. 753 f.; II. S. 486 ff.; VI. S. 195. 419. BRK., S. 97. Begründung der Nov. z. CPO, S. 99. BRK. zur Nov. zur CPO., S. 325 f. Litteratur: 1889: Bekker, System II, S. 129. Verhandlungen d. Pr. Landes-Ök.-Koll., S. 123. 250. 475. 481. 483 ff. 1892: Jakubezky, Bemerkungen, S. 148. 1898: Grützmann, Sächs. Arch., Bd. 3, S. 695 f. 1897: Bunsen I, § 88. 1898: Weyl I, § 122. Stobbe-Lehmann III, § 234. Leske, § 90. 1899: Endemann, I, § 189. v. Buchka, § 20. Cosack I, § 96 a. Krückmann, S. 154 f. Tränkner, Sächs. Arch., Bd. 9, S. 186.

[3] Vgl. Preuß. AG. z. BGB. Art. 15. Bayer. AG. z. BGB., Art. 32 bis 48. Sachsen-Altenb. AG. z. BGB., § 38—47. Sachsen-Weim. AG. z. BGB., §§ 35—54. Anhalt. AG. z. BGB., Art. 28. Bad. AG. z. BGB., Art. 9.

[4] Daß das BGB. an beide Fälle denkt, ergiebt 761.

Digitized by Google

III. Der Leibrentenvertrag bedarf insofern der Form, als das Versprechen der Leibrente schriftlich erfolgen muß (761). Es kann aber schon nach dem Gegenstande der Leibrente eine Form nothwendig sein, z. B. 311. 313. 518.

IV. Die Verpflichtung des Leibrentenschuldners.

Die Bestimmungen beziehen sich auf jede, nicht nur auf die vertragsmäßige Leibrentenschuld.

A. Die Dauer der Verpflichtung. Hier entscheidet Vereinbarung, Gesetz (844), Urtheil, Vermächtniß. Der Vertrag kann bestimmen, daß die Leibrente auf bestimmte Zeit zu gewähren ist oder für die Lebenszeit des Schuldners oder eines Dritten, auch über den Tod des Rentenberechtigten hinaus für die Erben desselben. Fehlt es an Vereinbarung, so gilt der dispositive Satz, daß die Leibrente für die Lebensdauer des Gläubigers zu entrichten ist, auch wenn der Tod ein gewaltsamer gewesen ist (759, Abs. 1). Ist der Rentengläubiger vom Rentenschuldner schuldhafterweise getödtet worden, so haben die Erben den Schadensersatzanspruch aus 823. 844; ist der Dritte, auf dessen Lebenszeit die Rente gestellt ist, vom Rentenschuldner getödtet, so ist die Rente auf Grund von 162 bis zum muthmaßlichen Tode des Dritten fortzuentrichten (vgl. Bd. I, § 58, III). Bis zum muthmaßlichen Tode des Rentenschuldners wird die Rente auch dann wohl zu entrichten sein, wenn der Rentenschuldner, auf dessen Leben die Rente steht, seinen Tod verschuldet hat (Selbstmord, Todesstrafe).

B. Der Betrag der Rente. Ist die Rente an Mehrere versprochen, so ist durch Auslegung festzustellen, ob Theilung nach Köpfen eintritt oder ob Jeder die ganze Rente fordern kann. Sonst entscheiden 420. 432. Ist mehreren Personen, z. B. Ehegatten, von Seiten ihrer Kinder die Rente geschuldet, so ist es Auslegungsfrage, ob die Rate des Versterbenden den Ueberlebenden zufällt. Im Zweifel erlischt nach 420 die Pflicht mit dem Tode des Einen.

Nach der Auslegungsregel in 759, Abs. 2 ist der für die Rente ausgeworfene Betrag der Jahresbetrag der Rente.

C. Dem Zwecke der Rente entspricht die Pflicht zur Vorauszahlung. Anderes kann bestimmt werden. Der Zeitabschnitt, für den vorauszuzahlen ist, beträgt bei der Geldrente drei Monate, bei anderen Renten ist er nach Gegenstand und Zweck der Leistung zu bestimmen (760, Abs. 1 und 2, CPO. § 258).

D. Für den Erwerb des Anspruches auf die einzelne Rate und

Digitized by Google

die Vererbung desselben ist enscheidend, daß der Rentengläubiger den Beginn des Zeitabschnittes (C.) erlebt hat.

E. Schuldhafte Tödtung des Rentengläubigers oder des Dritten, auf dessen Leben die Rentenverpflichtung gestellt ist, durch den Rentenschuldner verpflichtet als unerlaubte Handlung zur Fortentrichtung der Rente. Ebenso im Falle des Selbstmordes oder der Todesstrafe des Rentenschuldners, wenn die Dauer der Verpflichtung durch sein Leben bestimmt ist.

§ 130.

Spiel, Wette, Lotterie- und Ausspielvertrag. Differenzgeschäft[1].

I. Spiel und Wette.

A. Dem Spielvertrage ist eigenthümlich, daß die Parteien Gewinn und Verlust untereinander abhängig machen vom Zufalle oder von dem Ausfalle und Erfolge eigener oder fremder Thätigkeit. Das Spielen lediglich zum Unterhaltungszwecke interessirt das Recht nicht, sondern nur das Spiel zum Gewinnzwecke. Diesem ist charakteristisch das Fehlen ernster wirthschaftlicher oder ethischer Zwecke[2].

---

[1] Materialien: M. II. S. 643 ff. P. II. S. 794 ff. BRK., S. 98 f.

Litteratur: 1888: Bekker, Beitr., H. 2, S. 49 ff. 1889: Gierke, Der Entw., S. 42. 256. Fischer, Beitr., H. 6, S. 90. Hanausek, Jur. Tag 20, Bd. 1, S. 317 ff. Planck, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 75, S. 408. Bekker, System II, S. 130. 1892: Bähr, Gegenentwurf, S. 144 f. Jakubezky, Bemerkungen, S. 148. Dreyer, Sächs. Archiv, Bd. 2, S. 401 ff. 1893: Simon, Zeitschrift f. d. ges. Handelsrecht, Bd. 41, S. 455 ff. Wiener, Das Differenzgeschäft. Grützmann, Sächs. Arch., Bd. 3, S. 696 f. Cosack, Jur. Tag 22, Bd. 3, S. 93 ff. Jur. Tag 22, Bd. 4, S. 227 ff. 1894: Brückner, Der Differenzhandel an der Börse. Leist, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 83, S. 153 ff. 1896: Spitzer, Zeitschrift f. d. Priv.- u. öffent. Recht, Bd. 23, S. 81 ff. Staub, D. Jur.-Zeitung, Jahrg. 1, S. 397 ff. 1897: Bunsen I, § 89. 1898: Endemann, D. Jur.-Zeitung, Jahrg. 3, S. 51 ff. Weyl I, § 123. Stobbe-Lehmann III, §§ 243—247. Leske § 91. 1899: Kuhlenbeck, Von den Pandekten ꝛc. II, § 48. Krückmann, § 27. v. Buchka, § 20. Endemann I, §§ 187. 188. Cosack I, §§ 156. 157. Heinemann, Die erlaubten und verbotenen Termingeschäfte und die Rechtsprechung des RGer. Geck, Die Wettgeschäfte im Rennsport. Sieghart, Die öffentlichen Glücksspiele. Hirschfeld, Ueber Wettrennen und Rennwetten. Staub, Der Begriff der Börsentermingeschäfte im § 66 des Börsengesetzes. Tränkner, Sächs. Arch., Bd. 9, S. 186 ff.

[2] A. M. Cosack I, § 156; wie im Text Planck, S. 501 f.

Digitized by Google

Wette ist das gegenseitige Versprechen eines Vermögensvortheiles für den Fall, daß die versprechende Partei in einem ernsten Meinungskampf unterliegt.

Beide Verträge gleich zu behandeln, ist insofern gerechtfertigt, als die Vertheidigung der eigenen Meinung durch Unterwerfung unter einen Vermögensverlust nur beschränkte Anerkennung verdient und vom geläuterten ethischen Standpunkte aus nicht gefordert wird. Beide Verträge gehen leicht ineinander über. Spiel liegt vor, wenn zum wesentlichen Zwecke der Entscheidung über Gewinn und Verlust ein nicht ernster Meinungskampf inszenirt wird.

B. Unerlaubte Spiel- und Wettverträge sind nach 134. 138 nichtig, wenn nicht nach dem betreffenden Verbotsgesetze eine andere Wirkung eintritt. Ist Leistung erfolgt, so tritt die Kondiktionshülfe ein oder, wenn auch das Erfüllungsgeschäft nichtig ist, ist die Eigenthumsklage begründet. Eine besondere Bestimmung besteht für die erlaubten Spiele und Wetten (762). Aus dem erlaubten Spiel- und Wettvertrage entsteht eine Verbindlichkeit nicht (keine Klage auf Erfüllung, keine Aufrechnung). Die Leistung, mag sie vorher oder nach der Entscheidung der Bedingung erfolgt sein, kann aber nicht wegen dieser Regirung einer Verbindlichkeit zurückgefordert werden, wohl aber z. B. dann, wenn die Entscheidung überhaupt nicht oder nicht rite getroffen wird.

Das Gleiche gilt von einer Verbindlichkeit, die der Verlierende dem Gewinner gegenüber zum Zwecke der Erfüllung der Spiel- oder Wettschuld eingeht (Schuldanerkenntniß nach 780 ff., Novation, Wechsel, datio in solutum). Die Leistung kann hier ebensowenig kondizirt werden. In der Nichtrückforderung erschöpft sich die Bedeutung der Naturalschuld des Spielers, eine Verbürgung für die Spielschuld ist daher wohl nicht als gültig anzusehen.

Der Auftrag zum Spielen z. B. als Ersatzmann des Auftraggebers, ein Gesellschaftsvertrag, ferner das Darlehen zum Zwecke des Spieles, fallen nicht unter die Bestimmung, vielleicht aber ein Darlehen, das vom Mitspieler dem Spieler zum Weiterspielen gewährt wird, wenn der Darleiher nunmehr gewinnt[1]. Derartige Geschäfte könnten aber wegen Unsittlichkeit nichtig sein.

II. Der Lotterie- und Ausspielvertrag.

A. Der Lotterievertrag ist Hoffnungskauf (emtio spei,

[1] Die Ansichten gehen auseinander. Vgl. Bingner, Sächs. Arch., Bd. 6 (1896), S. 4. Tränkner, a. a. O. (1899). Oertmann, S. 488. Planck, S. 503. Neumann, S. 350.

Digitized by Google

vgl. Bd. I, § 104). Der Spieler kauft die Chance, die sich aus dem Lotterieplan ergiebt und über die in der Ziehung Entscheidung getroffen wird.

Das Ausspielgeschäft ist ebenfalls Hoffnungskauf und unterscheidet sich nur durch die meistens geringfügigere Ausdehnung.

Daher ist die gleiche Behandlung der beiden Verträge gerechtfertigt.

B. Das Gesetz unterscheidet zwischen staatlich genehmigten und nicht genehmigten derartigen Verträgen. Die ersteren sind durchaus verbindlich, und ein landesgesetzliches Verbot des Spielens in auswärtigen Lotterien hat ihnen gegenüber keine civilrechtliche Wirkung[1], die letzteren stehen den Spiel- und Wettverträgen in ihrer Wirkung gleich (762). Wie die Genehmigung zu erfolgen hat, bestimmt das Landesrecht[2]. Besteht ein Verbot solcher Verträge, so kann sich aus dem Verbotsgesetze[3] oder aus 134 auch die privatrechtliche Nichtigkeit der Verträge ergeben (763).

III. Das Differenzgeschäft (764).

A. Ein Differenzgeschäft liegt vor, wenn bei Verträgen, die auf Lieferung von Waaren (d. h. von Gegenständen des Handels) oder Werthpapieren (vgl. 372) lauten, die Bestimmung getroffen wird, daß der Unterschied zwischen dem vereinbarten Preise und dem Börsen- oder Marktpreis (385) zur Lieferzeit (Stichtag) vom Verlierenden an den Gewinnenden gezahlt werden soll.

B. Ein solcher Vertrag ist als Spiel anzusehen. Das Gesetz entscheidet die theoretische Frage nicht, ob das Differenzgeschäft ein Spiel ist. Die gleiche Behandlung tritt ein, wenn nur die Absicht des einen Theiles auf die Zahlung des Unterschiedes gerichtet ist, der andere Theil aber diese Absicht kennt oder kennen muß. Die Bestimmungen beziehen sich aber nicht auf die Börsendifferenzgeschäfte nach dem Reichsbörsengesetz vom 22. Juni 1896[4], welche entweder nichtig oder voll gültig sind.

---

[1] Vgl. Endemann, S. 188. Oertmann, S. 488 f. A. M. Cosack, § 158.

[2] Mecklenb.-Schwerin. AV. z. BGB., § 42. Mecklenb.-Strelitz. AV. z. BGB., § 41. Hamb. AG. z. BGB., § 26.

[3] Vgl. aber Endemann I, § 188, Note 21. Schepp, Das öffentl. Recht im BGB. (1899), S. 58 f.

[4] §§ 66–69. EG. z. HGB., Art. 14.

Digitized by Google

5. Kapitel.

Der Sicherungsvertrag und die Feststellungsverträge.

§ 131.

Der Bürgschaftsvertrag[1].

I. Der dem Bürgschaftsvertrag eigenthümliche Zweck ist die Sicherstellung des Gläubigers eines Anderen. Der Bürge verpflichtet sich, dem Gläubiger eines Dritten für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen. Der Bürge will also erfüllen, nicht nur Schadensersatz wegen Nichterfüllung leisten. In allen ihren Anwendungsfällen hat die Bürgschaft gleichen Charakter. Sie ist Nachbürgschaft als Verbürgung für die Erfüllung der Bürgschaftsschuld, Rückbürgschaft als Verbürgung für die Erfüllung der Regreßschuld des Hauptschuldners gegenüber dem Bürgen und Schadlosbürgschaft als Verbürgung für die Erfüllung der dem Gläubiger gegen den Schuldner zustehenden Restschuld. Der Bürgschaftsvertrag kann von vornherein als solcher abgeschlossen sein (765), oder er entwickelt sich aus dem anfänglichen Kreditauftrage

[1] Materialien: M. II. S. 657 ff. P. II. S. 460 ff. 476 ff. 518; VI. S. 196. 385. 766. D. E. 91 f. BRR., S. 99 f.

Litteratur: 1888: Bähr, Zur Beurtheilung, S. 85. Hartmann, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 73, S. 368 ff. 1889: Rothenberg, Gruch. Beitr., Bd. 33, S. 364 ff. Gierke, Der Entwurf, S. 257 ff. Derselbe, Die sociale Aufgabe des Privatrechts (Vortrag), S. 31. Derselbe, Beitr., H. 18, S. 81. Fischer, Beitr., H. 6, S. 119 ff. Krech, Beiträge, H. 4, S. 132 ff. Seuffert, Beitr., H. 11, S. 27. Verhandlungen des Pr. Landes-Oek.-Koll., S. 250. 475. 481. 483 ff. 488. 1890: Unger, Jahrb. f. Dogm., Bd. 29, S. 1 ff. Wernick, GA., S. 388. Hachenburg, AG., S. 156 ff. Stolterfoth, Beitr., S. 71. 1891: Rothenberg, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 77, S. 323 ff. Sokolowski, Die Mandatsbürgschaft ꝛc. 1892: La Roche, Der Regreß des Bürgen. Bähr, Gegenentwurf, S. 145 ff. Jakubezky, Bemerkungen, S. 150 f. 1893: Grützmann, Sächs. Archiv, Bd. 3, S. 698 ff. Geib, Zur Dogm. des röm. Bürgschaftsrechtes. 1896: Knoll, Das beneficium divisionis des Bürgen (Dissert.). 1897: Mode, Befreiung des Bürgen durch Nachlässigkeit des Gläubigers (Dissertat.). Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse, § 10. Bunsen I, § 90. 1898: Weyl I, § 124. Stobbe-Lehmann III, §§ 238. 239. Leske, S. 92. 1899: Kuhlenbeck, Von den Pandekten ꝛc. II, § 49. Krückmann, § 25. v. Buchka, § 21. Endemann I, §§ 190—192. Cosack I, §§ 158. 159. Tränkner, Sächs. Arch., Bd. 9, S. 188 ff.

Digitized by Google

(mandatum qualificatum), d. h. dem Auftrage an einen Anderen, im eigenen Namen und auf eigene Rechnung einem Dritten Kredit zu geben, sobald die Gewährung des Kredites auftragsmäßig erfolgt ist. Bis zu diesem Zeitpunkt normiren die Vorschriften über den Auftrag, z. B. über Kündigung, Widerruf ꝛc. (778). Es giebt daher nur eine Art der Bürgschaft.

Der Bürgschaftsvertrag ist ein Garantievertrag. Als solcher berührt er sich mit dem Vertrage auf Versicherung einer Forderung. Ob Bürgschaft oder Versicherung gewollt ist, ist durch Auslegung festzustellen. Der Versicherungsvertrag ist im Gesetz nicht geregelt

II. Die Voraussetzungen.

A. Der Bürgschaftsvertrag setzt eine gültige Hauptschuld voraus (accessorische Natur der Verpflichtung des Bürgen).

1. Verbürgung für eine nichtige oder durch Erfüllung, Aufrechnung, Erlaß, Hinterlegung bereits getilgte Hauptschuld ist als solche nichtig. Möglich wäre, daß in der Verbürgungserklärung, die in Kenntniß der Nichtexistenz der Hauptschuld abgegeben wird, ein abstraktes oder kausales Schuldversprechen läge (z. B. ein Schenkungsversprechen). Ungültig ist auch die Uebernahme der Bürgschaft für eine Naturalschuld (Spielschuld).

2. Nicht gefordert ist die präsente Existenz als Hauptschuld. Auch für künftige oder bedingte Hauptverbindlichkeiten kann Bürgschaft übernommen werden. (765 Abs. 2)

B. Der Bürgschaftsvertrag steht unter den materiellen Erfordernissen der Schuldverträge. Einer Form bedarf der Kreditauftrag nicht; für den Bürgschaftsvertrag ist aber schriftliche Ertheilung der Bürgschaftserklärung verlangt (126). Der Mangel der Form wird durch Erfüllung geheilt (766)[1].

III. Der Umfang der Bürgschaftsschuld. Der Umfang der Bürgenverpflichtung wird dadurch nicht geändert, daß Mehrere sich für dieselbe Verbindlichkeit verbürgen. Sie haften stets als Gesammtschuldner, mag es sich um theilbare Leistung handeln (vgl. 420) oder nicht, oder mag die Bürgschaft gemeinschaftlich übernommen sein oder nicht (769. 427)[2]. Der Rücktritt des zahlenden Bürgen regelt sich nach 426.

[1] Keiner Form bedarf die Uebernahme der Bürgschaft, wenn sie auf Seiten des Bürgen ein Handelsgeschäft ist (HGB. § 350).

[2] Das beneficium divisionis ist also beseitigt.

Digitized by Google

5. Kapitel.

Der Sicherungsvertrag und die Feststellungsverträge.

§ 131.

Der Bürgschaftsvertrag[1].

I. Der dem Bürgschaftsvertrag eigenthümliche Zweck ist die Sicherstellung des Gläubigers eines Anderen. Der Bürge verpflichtet sich, dem Gläubiger eines Dritten für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen. Der Bürge will also erfüllen, nicht nur Schadensersatz wegen Nichterfüllung leisten. In allen ihren Anwendungsfällen hat die Bürgschaft gleichen Charakter. Sie ist Nachbürgschaft als Verbürgung für die Erfüllung der Bürgschaftsschuld, Rückbürgschaft als Verbürgung für die Erfüllung der Regreßschuld des Hauptschuldners gegenüber dem Bürgen und Schadlosbürgschaft als Verbürgung für die Erfüllung der dem Gläubiger gegen den Schuldner zustehenden Restschuld. Der Bürgschaftsvertrag kann von vornherein als solcher abgeschlossen sein (765), oder er entwickelt sich aus dem anfänglichen Kreditauftrage

---

[1] Materialien: M. II. S. 657 ff. P. II. S. 460 ff. 476 ff. 518; VI. S. 196. 385. 766. D. E. 91 f. BRK., S. 99 f.

Litteratur: 1888: Bähr, Zur Beurtheilung, S. 85. Hartmann, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 73, S. 368 ff. 1889: Rothenberg, Gruch. Beitr., Bd. 33, S. 364 ff. Gierke, Der Entwurf, S. 257 ff. Derselbe, Die sociale Aufgabe des Privatrechts (Vortrag), S. 31. Derselbe, Beitr., H. 18, S. 81. Fischer, Beitr., H. 6, S. 119 ff. Krech, Beiträge, H. 4, S. 132 ff. Seuffert, Beitr., H. 11, S. 27. Verhandlungen des Pr. Landes-Oek.-Koll., S. 250. 475. 481. 483 ff. 488. 1890: Unger, Jahrb. f. Dogm., Bd. 29, S. 1 ff. Wernick, GA., S. 388. Hachenburg, AG., S. 156 ff. Stolterfoth, Beitr., S. 71. 1891: Rothenberg, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 77, S. 323 ff. Sokolowski, Die Mandatsbürgschaft ꝛc. 1892: La Roche, Der Regreß des Bürgen. Bähr, Gegenentwurf, S. 145 ff. Jakubezky, Bemerkungen, S. 150 f. 1893: Grützmann, Sächs. Archiv, Bd. 3, S. 698 ff. Geib, Zur Dogm. des röm. Bürgschaftsrechtes. 1896: Knoll, Das beneficium divisionis des Bürgen (Dissert.). 1897: Mode, Befreiung des Bürgen durch Nachlässigkeit des Gläubigers (Dissertat.). Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse, § 10. Bunsen I, § 90. 1898: Weyl I, § 124. Stobbe-Lehmann III, §§ 238. 239. Leske, S. 92. 1899: Kuhlenbeck, Von den Pandekten ꝛc. II, § 49. Krückmann, § 25. v. Buchka, § 21. Endemann I, §§ 190—192. Cosack I, §§ 158. 159. Tränkner, Sächs. Arch., Bd. 9, S. 188 ff.

Digitized by Google

(mandatum qualificatum), d. h. dem Auftrage an einen Anderen, im eigenen Namen und auf eigene Rechnung einem Dritten Kredit zu geben, sobald die Gewährung des Kredites auftragsmäßig erfolgt ist. Bis zu diesem Zeitpunkt normiren die Vorschriften über den Auftrag, z. B. über Kündigung, Widerruf ꝛc. (778). Es giebt daher nur eine Art der Bürgschaft.

Der Bürgschaftsvertrag ist ein Garantievertrag. Als solcher berührt er sich mit dem Vertrage auf Versicherung einer Forderung. Ob Bürgschaft oder Versicherung gewollt ist, ist durch Auslegung festzustellen. Der Versicherungsvertrag ist im Gesetz nicht geregelt

II. Die Voraussetzungen.

A. Der Bürgschaftsvertrag setzt eine gültige Hauptschuld voraus (accessorische Natur der Verpflichtung des Bürgen).

1. Verbürgung für eine nichtige oder durch Erfüllung, Aufrechnung, Erlaß, Hinterlegung bereits getilgte Hauptschuld ist als solche nichtig. Möglich wäre, daß in der Verbürgungserklärung, die in Kenntniß der Nichtexistenz der Hauptschuld abgegeben wird, ein abstraktes oder kausales Schuldversprechen läge (z. B. ein Schenkungsversprechen). Ungültig ist auch die Uebernahme der Bürgschaft für eine Naturalschuld (Spielschuld).

2. Nicht gefordert ist die präsente Existenz als Hauptschuld. Auch für künftige oder bedingte Hauptverbindlichkeiten kann Bürgschaft übernommen werden. (765 Abs. 2)

B. Der Bürgschaftsvertrag steht unter den materiellen Erforderniſſen der Schuldverträge. Einer Form bedarf der Kreditauftrag nicht; für den Bürgschaftsvertrag ist aber schriftliche Ertheilung der Bürgschaftserklärung verlangt (126). Der Mangel der Form wird durch Erfüllung geheilt (766)[1].

III. Der Umfang der Bürgschaftsschuld. Der Umfang der Bürgenverpflichtung wird dadurch nicht geändert, daß Mehrere sich für dieselbe Verbindlichkeit verbürgen. Sie haften stets als Gesammtschuldner, mag es sich um theilbare Leistung handeln (vgl. 420) oder nicht, oder mag die Bürgschaft gemeinschaftlich übernommen sein oder nicht (769. 427)[2]. Der Rücktritt des zahlenden Bürgen regelt sich nach 426.

[1] Keiner Form bedarf die Uebernahme der Bürgschaft, wenn sie auf Seiten des Bürgen ein Handelsgeschäft ist (HGB. § 350).

[2] Das beneficium divisionis ist also beseitigt.

Digitized by Google

A. Inwieweit der Bürge sich für die Hauptschuld verpflichtet hat, hängt von dem Inhalt seines Versprechens ab. Er kann sich nicht nur für die Kapitalschuld, sondern auch für Nebenverpflichtungen (Zinsen, Vertragsstrafen) verbindlich gemacht haben. Im Zweifel haftet der Bürge auch für die dem Gläubiger vom Hauptschuldner zu ersetzenden Kosten der Kündigung und der Rechtsverfolgung (767, Abs. 2). Daher stehen dem Bürgen auch alle Einreden aus seinem Verhältnisse zum Gläubiger zu (Nichtigkeit des Bürgschaftsvertrages, Aufrechnung mit einer ihm gegen den Gläubiger zustehenden Gegenforderung).

B. Aus der accessorischen Natur der Bürgschaftsschuld folgt, daß der Bürge nicht über die dem Hauptschuldner obliegende Verbindlichkeit hinaus haftet. Verpflichtet sich der Bürge auf ein höheres Kapital oder unbedingt zur Erfüllung einer bedingten Hauptschuld, so liegt insoweit Bürgschaft nicht vor. Diese weitergehende Verbindlichkeit kann nach allgemeinen Grundsätzen gültig (z. B. 780) oder nichtig sein. Im letzten Falle kann nicht die Nichtigkeit auch nach 139 die Nichtigkeit des Gesammtversprechens mit sich bringen. Sehr wohl kann aber der Bürge seine durch Umfang der Hauptschuld begrenzte Verbindlichkeit durch Sicherheitsleistung (Bürgschaft, Pfandrecht) oder Vertragsstrafe sicherstellen; auch kann der Bürge, wenn er damit nicht ein Mehr übernimmt, eine andere Leistung versprechen (Vereinbarung einer datio in solutum oder facultas alternativa).

C. Weiter folgt aus der accessorischen Natur der Bürgenverpflichtung, daß sich ihr Umfang und Bestand nach dem jeweiligen Umfange und Bestande der Hauptverbindlichkeit richtet. Demgemäß trägt auch der Bürge die Gefahr, wenn etwa der Hauptschuldner sie trägt. Verschuldung und Verzug des Hauptschuldners treffen auch den Bürgen. Alle Einreden, die dem Hauptschuldner gegen die Forderung des Gläubigers zustehen, kommen auch dem Bürgen zu, auch die nur zum Schutze des Schuldners bestimmten beneficium competentiae (519), und gleichgültig ist, ob der Bürge diese Einreden gekannt hat oder nicht[1].

D. Das Prinzip der Accessorietät ist aber durchbrochen:

[1] Der Bürge kann sich auf die dem Hauptschuldner gegenüber vollendete Verjährung trotz einer Unterbrechung gegen den Hauptschuldner berufen. Die Unterbrechung gegenüber dem Hauptschuldner wirkt nicht gegen den Bürgen, die Unterbrechung gegen den Bürgen nicht gegen den Hauptschuldner.

Digitized by Google

1. Aenderungen im Umfange und Bestande der Hauptverbindlichkeit, die der Hauptschuldner nach Eingehung der Bürgschaft durch Rechtsgeschäft vornimmt, können die Verpflichtung des Bürgen nicht erweitern (767, Abs. 1), z. B. Erhöhung des Zinsfußes, Vertragsstrafversprechen, Aenderung der Leistung im Vergleiche, Anerkenntniß der Hauptschuld durch den Hauptschuldner. Dagegen entspricht es dem Prinzip wieder, daß der Bürge sich auf nachträgliche Minderungen berufen kann.

2. Auch Einreden, welche dem Bürgen dem Prinzipe gemäß zustanden, können ihm durch Verzicht des Hauptschuldners nicht genommen werden (768, Abs. 2).

3. Gewisse Einreden sind dem Bürgen durch positive Vorschrift entzogen: nach KO. § 193 die Einrede aus dem rechtskräftig bestätigten Zwangsvergleiche, nach 768, Abs. 1, die Einrede des Inventars, die dem Erben des Hauptschuldners zusteht. Die Vorschriften beruhten darauf, daß die Bürgschaft gerade auch für diese Fälle dem Gläubiger Sicherheit gewähren soll.

4. Der Bürge kann auf Einreden, die dem Hauptschuldner und so auch ihm zustehen, zweifellos ausdrücklich und stillschweigend verzichten; er übernimmt aber damit ein Mehr, und insoweit liegt Bürgschaft nicht mehr vor (III. B.)[1].

E. Nach dem Prinzip der Accessorietät würde der Bürge nicht die dem Hauptschuldner in Ansehung der Hauptschuld zustehenden Dispositionen, die durch einseitige Erklärung erfolgen, auch selbst treffen können (Wahl, Rücktritt vom Vertrage, Wandelung, Minderung). Auch ein Anfechtungs- oder Aufrechnungsrecht des Hauptschuldners könnte der Bürge nicht ausüben. Macht der Hauptschuldner diese Rechte geltend, so erlischt die Forderung, und darauf kann sich der Bürge berufen. Der Bürge kann aber nicht die dem Schuldner allein zustehenden Verfügungen vornehmen. Leistet der Bürge, während das Anfechtungsrecht noch besteht, so kann er kondiziren, wenn der Hauptschuldner es nachträglich ausübt (812 ff.)[2]. Gerade deshalb kann aber dem Bürgen nicht zugemuthet werden, bei Bestand des Anfechtungsrechtes zu zahlen. Er hat daher, solange das Anfechtungsrecht besteht, das Recht, die Leistung zu verweigern (770, Abs. 1). Das Verweigerungsrecht steht dem Bürgen

[1] Oertmann, S. 495. Planck, S. 513. A. M. Schollmeyer, a. a. O., S. 84.

[2] Planck, S. 514. A. M. Oertmann, S. 496.

Digitized by Google

auch zu, wenn und solange sich der Gläubiger durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des Hauptschuldners befriedigen kann (770, Abs. 2)[1]. Hier ruht das Verweigerungsrecht auf der Erwägung, daß dem Gläubiger die Befriedigung durch Aufrechnung zugemuthet werden kann, ehe er sich an den Bürgen hält[2].

In beiden Fällen handelt es sich um dilatorische Einreden, die dem Hauptschuldner überhaupt nicht zustanden[3].

Eine Thatfrage ist es, ob der Bürge, der sich in Kenntniß des Anfechtungsrechtes bei Uebernahme der Bürgschaft dennoch verbürgt, auf die betreffende Einrede verzichtet hat. Liegt ein Verzicht vor, so handelt es sich um Steigerung der Bürgenverpflichtung gegenüber der Hauptverpflichtung so wenig wie im Verzichtsfalle in 773, Z. 1.

F. Die Subsidiarität der Bürgenverpflichtung.

Dem Bürgen steht die Einrede der Vorausklage (exceptio ordinis oder excussionis) zu, d. h. er kann die Befriedigung des Gläubigers so lange verweigern, als der Gläubiger die Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner noch nicht ohne Erfolg versucht hat (771).

1. Nicht der Bürge hat die Grundlage seiner Einrede zu beweisen, also entweder daß der Gläubiger eine Zwangsvollstreckung noch nicht oder doch nicht ohne Erfolg versucht hat, vielmehr muß der Gläubiger, wenn der Bürge die Einrede vorschützt, beweisen, daß er die Zwangsvollstreckung vergeblich versucht hat[4].

2. Nicht jede Zwangsvollstreckung ist dem Gläubiger zugemuthet, sondern nur Zwangsvollstreckung bestimmter Art (772).

a. Der Vollstreckungstitel braucht nicht rechtskräftiges Urtheil zu sein.

b. Handelt es sich nicht um eine Geldforderung, so genügt jede erfolglose nach der CPO. zulässige Vollstreckung zur Herbeiführung der Erfüllung der Pflicht des Hauptschuldners.

c. Handelt es sich um eine Geldforderung, so hat der

[1] Vgl. 1137. 1211.

[2] Planck, S. 514 und jetzt auch Cosack I, S. 572. A. M. auf Grund der Analogie von 768, Abs. 1, aber gegen den Wortlaut von 770, Abs. 2, und im Widerspruche mit der Natur der Aufrechnung Oertmann S. 497; er giebt auch dem Bürgen, der aufrechnungsberechtigt ist, das Recht, die Aufrechnung zu vollziehen.

[3] Nach 202, Abs. 2 tritt eine Hemmung der Verjährung hier nicht ein.

[4] Planck I, S. 45 Z. 4; II, S. 515. Endemann I, S. 864 ff. Tränkner, a. a. O., S. 190. Oertmann, S. 497. A. M. Schollmeyer (1897), S. 86.

Digitized by Google

Gläubiger die Zwangsvollstreckung nur in die beweglichen Sachen des Hauptschuldners zu betreiben, nicht in das unbewegliche Vermögen oder sonstige Aktiva (Rechte).

Diese Zwangsvollstreckung muß versucht sein am Wohnsitze des Schuldners (im Inlande oder Auslande), aber auch am Orte der gewerblichen Niederlassung, wenn der Schuldner eine solche an einem andern Orte im Inlande oder Auslande als am Wohnsitze besitzt, in Ermangelung Beides am Aufenthaltsorte im In- oder Auslande.

Hat der Gläubiger ein Pfandrecht oder ein Zurückbehaltungsrecht an einer beweglichen Sache des Hauptschuldners, so muß der Gläubiger auch aus diesen erfolglos Befriedigung gesucht haben, also auch in dem Falle, in dem der Gläubiger bewegliche Sachen des Schuldners an anderen Orten als den vorher bezeichneten hat pfänden lassen. Besteht dieses Pfandrecht und Zurückbehaltungsrecht auch zur Sicherung einer anderen Forderung des Gläubigers, so gilt das Gesagte nur, wenn beide Forderungen durch den Werth der Sache gedeckt werden (CPO. § 777).

3. Die Verjährung wird auch durch die dilatorische Einrede nicht gehemmt (202, Abs. 2).

4. Die Einrede ist in weitem Umfange ausgeschlossen. Der Beweis trifft allerdings den replizirenden Kläger (773).

a. Der Bürge kann ausdrücklich oder stillschweigend auf die Einrede verzichten. Der Verzicht liegt auch in der Verpflichtung des Bürgen als Selbstschuldner.

b. Die Einrede ist ferner ausgeschlossen, wenn die Zwangsvollstreckung und die Realisirung eines Pfandrechtes (Rechtsverfolgung) durch eine nach Uebernahme der Bürgschaft eingetretene Aenderung des Wohnsitzes, der gewerblichen Niederlassung oder des Aufenthaltsortes wesentlich erschwert ist. Die Erschwerung kann im neuen Orte selbst oder in dem jetzt vorliegenden Unbekanntsein des Ortes liegen.

c. Der geforderten Rechtsverfolgung gleichstehen muß es, wenn über das Vermögen des Schuldners Konkurs eröffnet ist oder anzunehmen ist, daß die wirkliche Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners zur Befriedigung nicht führen wird. Die Einrede würde aber hier noch zulässig sein, wenn der Gläubiger sich durch Realisirung eines Pfand- oder Zurückbehaltungsrechtes an einer beweglichen Sache des Schuldners befriedigen kann (KO. § 127), soweit nicht wieder die Einschränkung der Einrede nach 772, Abs. 2,

Digitized by Google

auch zu, wenn und solange sich der Gläubiger durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des Hauptschuldners befriedigen kann (770, Abs. 2)[1]. Hier ruht das Verweigerungsrecht auf der Erwägung, daß dem Gläubiger die Befriedigung durch Aufrechnung zugemuthet werden kann, ehe er sich an den Bürgen hält[2].

In beiden Fällen handelt es sich um dilatorische Einreden, die dem Hauptschuldner überhaupt nicht zustanden[3].

Eine Thatfrage ist es, ob der Bürge, der sich in Kenntniß des Anfechtungsrechtes bei Uebernahme der Bürgschaft dennoch verbürgt, auf die betreffende Einrede verzichtet hat. Liegt ein Verzicht vor, so handelt es sich um Steigerung der Bürgenverpflichtung gegenüber der Hauptverpflichtung so wenig wie im Verzichtsfalle in 773, Z. 1.

F. Die Subsidiarität der Bürgenverpflichtung.

Dem Bürgen steht die Einrede der Vorausklage (exceptio ordinis oder excussionis) zu, d. h. er kann die Befriedigung des Gläubigers so lange verweigern, als der Gläubiger die Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner noch nicht ohne Erfolg versucht hat (771).

1. Nicht der Bürge hat die Grundlage seiner Einrede zu beweisen, also entweder daß der Gläubiger eine Zwangsvollstreckung noch nicht oder doch nicht ohne Erfolg versucht hat, vielmehr muß der Gläubiger, wenn der Bürge die Einrede vorschützt, beweisen, daß er die Zwangsvollstreckung vergeblich versucht hat[4].

2. Nicht jede Zwangsvollstreckung ist dem Gläubiger zugemuthet, sondern nur Zwangsvollstreckung bestimmter Art (772).

a. Der Vollstreckungstitel braucht nicht rechtskräftiges Urtheil zu sein.

b. Handelt es sich nicht um eine Geldforderung, so genügt jede erfolglose nach der CPO. zulässige Vollstreckung zur Herbeiführung der Erfüllung der Pflicht des Hauptschuldners.

c. Handelt es sich um eine Geldforderung, so hat der

[1] Vgl. 1137. 1211.

[2] Planck, S. 514 und jetzt auch Cosack I, S. 572. A. M. auf Grund der Analogie von 768, Abs. 1, aber gegen den Wortlaut von 770, Abs. 2, und im Widerspruche mit der Natur der Aufrechnung Dertmann S. 497; er giebt auch dem Bürgen, der aufrechnungsberechtigt ist, das Recht, die Aufrechnung zu vollziehen.

[3] Nach 202, Abs. 2 tritt eine Hemmung der Verjährung hier nicht ein.

[4] Planck I, S. 45 Z. 4; II, S. 515. Endemann I, S. 864 ff. Tränkner, a. a. O., S. 190. Dertmann, S. 497. A. M. Schollmeyer (1897), S. 86.

Digitized by Google

Gläubiger die Zwangsvollstreckung nur in die beweglichen Sachen des Hauptschuldners zu betreiben, nicht in das unbewegliche Vermögen oder sonstige Aktiva (Rechte).

Diese Zwangsvollstreckung muß versucht sein am Wohnsitze des Schuldners (im Inlande oder Auslande), aber auch am Orte der gewerblichen Niederlassung, wenn der Schuldner eine solche an einem andern Orte im Inlande oder Auslande als am Wohnsitze besitzt, in Ermangelung Beides am Aufenthaltsorte im In- oder Auslande.

Hat der Gläubiger ein Pfandrecht oder ein Zurückbehaltungsrecht an einer beweglichen Sache des Hauptschuldners, so muß der Gläubiger auch aus diesen erfolglos Befriedigung gesucht haben, also auch in dem Falle, in dem der Gläubiger bewegliche Sachen des Schuldners an anderen Orten als den vorher bezeichneten hat pfänden lassen. Besteht dieses Pfandrecht und Zurückbehaltungsrecht auch zur Sicherung einer anderen Forderung des Gläubigers, so gilt das Gesagte nur, wenn beide Forderungen durch den Werth der Sache gedeckt werden (CPO. § 777).

3. Die Verjährung wird auch durch die dilatorische Einrede nicht gehemmt (202, Abs. 2).

4. Die Einrede ist in weitem Umfange ausgeschlossen. Der Beweis trifft allerdings den replizirenden Kläger (773).

a Der Bürge kann ausdrücklich oder stillschweigend auf die Einrede verzichten. Der Verzicht liegt auch in der Verpflichtung des Bürgen als Selbstschuldner.

b. Die Einrede ist ferner ausgeschlossen, wenn die Zwangsvollstreckung und die Realisirung eines Pfandrechtes (Rechtsverfolgung) durch eine nach Uebernahme der Bürgschaft eingetretene Aenderung des Wohnsitzes, der gewerblichen Niederlassung oder des Aufenthaltsortes wesentlich erschwert ist. Die Erschwerung kann im neuen Orte selbst oder in dem jetzt vorliegenden Unbekanntsein des Ortes liegen.

c. Der geforderten Rechtsverfolgung gleichstehen muß es, wenn über das Vermögen des Schuldners Konkurs eröffnet ist oder anzunehmen ist, daß die wirkliche Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners zur Befriedigung nicht führen wird. Die Einrede würde aber hier noch zulässig sein, wenn der Gläubiger sich durch Realisirung eines Pfand- oder Zurückbehaltungsrechtes an einer beweglichen Sache des Schuldners befriedigen kann (KO. § 127), soweit nicht wieder die Einschränkung der Einrede nach 772, Abs. 2,

Digitized by Google

Satz 2 zutrifft. Demnach ist die Einrede dem gemeinen Recht gegenüber sehr beschränkt[1].

IV. Der Rückbegriff des Bürgen.

A. Befriedigt einer von mehreren Bürgen den Gläubiger, so kann er nur nach 426 auf seine Mitbürgen zurückgreifen (vgl. B. Z. 2. d.). Jeder ist zu gleichem Antheile ausgleichspflichtig (774, Abs. 2).

B. Der Rückgriff des Bürgen auf den Hauptschuldner[2].

1. Der Rückgriff des Bürgen, der den Gläubiger befriedigt hat, auf den Hauptschuldner hängt von dem zwischen Hauptschuldner und Bürgen bestehenden Rechtsverhältnisse ab. Dieses kann Auftrag, Geschäftsführung ohne Auftrag, Schenkung ꝛc. sein. Aus diesem Rechtsverhältnisse ergiebt sich auch die Beantwortung der für den Rückgriff wichtigen Fragen, ob der Bürge, ehe er zahlt, Rückfrage an den Hauptschuldner zu stellen hat, und ob er den Hauptschuldner von der geschehenen Befriedigung des Gläubigers in Kenntniß zu setzen hat, ob er ihm bekannte Einreden des Hauptschuldners dem Gläubiger entgegensetzen muß.

2. Allgemein geht aber die Forderung des befriedigten Gläubigers auf den Bürgen kraft Gesetzes über[3], soweit der Bürge den Gläubiger befriedigt hat (774, Abs. 1).

a. Wie die Befriedigung des Gläubigers durch den Bürgen eingetreten ist, ist gleichgültig (Erfüllung, Leistung an Erfüllungsstatt, Hinterlegung, Aufrechnung).

b. Dieser Uebergang vollzieht sich für jeden Bürgen, auch den selbst schuldenden Bürgen und Den, der sich ohne Wissen und ohne Willen des Hauptschuldners verbürgt hat.

c. Der Uebergang läßt die Forderungen des Bürgen gegen den Hauptschuldner und die Einwendungen des Hauptschuldners gegenüber dem Bürgen aus einem zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnisse unberührt. Es würde also trotz des Ueberganges von Bedeutung sein, daß z. B. der Bürge durch Uebernahme der Bürgschaft den Hauptschuldner hat beschenken wollen, daß er mit Mitteln des

[1] Ist die Einrede auf Seite des Bürgen ein Handelsgeschäft, so ist die Einrede durch HGB. § 349 ausgeschlossen.

[2] Für d. Regreßanspruch des Bürgen gegen den Hauptschuldner kann dem Bürgen Bürgschaft geleistet sein (Rückbürgschaft). Für diese gilt nichts Besonderes (vgl. I).

[3] Also nicht exceptio doli aus dem beneficium cedendarum actionum.

Digitized by Google

Hauptschuldners gezahlt hat, oder daß seine Zahlung die Gegenleistung für eine vom Hauptschuldner empfangene Leistung war.

d. Die Forderung geht über mit den Nebenrechten, wie sie sich zur Zeit des Ueberganges mit der Forderung verbinden (Pfandrechte, Bürgschaften, Vorzugsrechte im Konkurse, auch wenn der Konkurs zur Zeit des Ueberganges noch nicht eröffnet ist). Der den Gläubiger befriedigende Mitbürge hat also auch die Rechte gegen die Mitbürgen, die er aber nur in Höhe seines Regreßanspruches geltend machen kann. Es bleiben aber auch die Einreden erhalten, die der Hauptschuldner dem Gläubiger entgegensetzen konnte, und die der Bürge schuldhafterweise entgegenzustellen versäumte. An der Verjährung der Forderung wird durch den Uebergang auf den Bürgen nichts geändert; es bleibt also auch bei einer etwaigen kurzen Verjährung[1].

e. Der Gläubiger ist nach 402. 412 verpflichtet zur Auskunftsertheilung, Herausgabe der Beweisurkunden ꝛc., nach 403. 412 zur Ausstellung einer öffentlich beglaubigten Urkunde über Anerkennung des Ueberganges.

f. Der Uebergang kann nicht zum Nachtheile des Gläubigers geltend gemacht werden, z. B. im Falle der Verbürgung für einen Theil einer durch ein Pfandrecht gesicherten Forderung, oder für eine von mehreren durch ein Pfandrecht gesicherten Forderungen kann der Bürge nicht sein Pfandrecht vor dem des Gläubigers geltend machen. Deshalb würde auch im Falle der Verbürgung für einen Theil der Forderung der Gläubiger mit seiner Restforderung im Konkurse vorgehen.

g. Die rechtliche Konstruktion des Ueberganges. Unrichtig ist die Unterstellung des animus emendi beim Bürgen, dem dann auch ein animus vendendi beim Gläubiger entsprechen müßte. Das Gesetz verlangt Befriedigung des Gläubigers, diese hebt aber eben das Forderungsrecht auf. Es bleibt daher nichts übrig als die gesetzliche Fiktion des Fortbestandes und des transitus legalis zum Zwecke des Rückgriffes oder gesetzliche Neubegründung einer Forderung für den Bürgen mit genau dem gleichen Inhalte der durch Befriedigung aufgehobenen Forderung.

C. Der Bürge kann auch Befreiung von der Bürgschaft bez. Sicherheitsleistung vom Hauptschuldner

[1] Mantey, Gruch. Beitr. Bd. 42 (1898), S. 553. Planck, S. 518. A. M. Joseph, Gruch. Beitr. Bd. 42, S. 7, der die ordentliche Verjährung von 30 Jahren eintreten lassen will.

Digitized by Google

verlangen. (775), wenn zwischen ihm und dem Hauptschuldner eine dahingehende Vereinbarung getroffen ist. Davon abgesehen:

1. Der Anspruch steht dem Bürgen, auch wenn er auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat, zu, falls er sich im Auftrage des Hauptschuldners verbürgt hat, oder falls ihm als Geschäftsführer ohne Auftrag die Rechte des Beauftragten gegen den Hauptschuldner zustehen. Es müssen sich aber weiter die Vermögensverhältnisse des Hauptschuldners wesentlich verschlechtert haben, oder die Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner muß in Folge einer nach der Uebernahme der Bürgschaft eingetretenen Aenderung des Wohnsitzes, der gewerblichen Niederlassung oder des Aufenthaltsortes wesentlich erschwert sein, oder der Hauptschuldner ist mit der Erfüllung seiner Verbindlichkeit dem Gläubiger gegenüber im Verzug, oder endlich der Gläubiger hat gegen den Bürgen ein vollstreckbares Urtheil auf Erfüllung erwirkt.

2. Der Hauptschuldner kann statt der Befreiung des Bürgen Sicherheit leisten, wenn die Hauptverbindlichkeit noch nicht fällig ist.

V. Die Beendigung der Bürgschaft.

Als eigenthümliche Erlöschungsgründe kommen in Betracht:

A. Das Erlöschen der Hauptschuld aus irgend welchen Gründen. Die Befreiung des Bürgen tritt ein, selbst wenn der Bürge schuldhafterweise das Erlöschen der Hauptschuld (z. B. durch Zerstörung der geschuldeten Speziessache) herbeiführte. In diesem Falle haftet er selbstverständlich aus unerlaubter Handlung (823ff.) dem Hauptschuldner, der die Klage dem Gläubiger abzutreten hat (281, Abs. 1), er haftet unter dem gleichen Gesichtspunkt und wegen Verletzung seiner Vertragspflichten auch dem Gläubiger auf Schadensersatz, ja, man wird dem Gläubiger die replica doli (242) geben müssen, wenn der von ihm aus der Bürgschaft belangte Bürge sich auf die Befreiung berufen wollte[1].

B. Die Vereinigung von Hauptschuld und Bürgschaftsschuld in einer Person, soweit nicht der Fortbestand der Bürgschaftsschuld (z. B. wegen der Nachbürgschaft) ein besonderes Interesse für den Gläubiger hat.

C. Wenn der Gläubiger mit der Forderung verbundene, wenn auch erst nach der Uebernahme der Bürgschaft entstandene Vorzugsrechte, Hypotheken, Pfandrechte oder Rechte gegen Mitbürgen aufgiebt,

[1] Oertmann, S. 493. Vgl. auch Planck, S. 510. A. M. Schollmeyer (1897), S. 88.

Digitized by Google

so wird der Bürge frei, soweit dadurch sein Rückgriff auf den Hauptschuldner vermöge des auf ihn (774) übergegangenen Forderungsrechtes des Gläubigers geschmälert ist, soweit er also mit diesen Nebenrechten ꝛc. hätte Ersatz erlangen können (776).

Eine Diligenzpflicht trifft den Gläubiger aus dem Bürgschaftsvertrage nicht, er ist nur berechtigt. Auch in dieser Bestimmung (776) liegt eine Diligenzpflicht dem Bürgen gegenüber nicht ausgesprochen. Sie ruht allerdings auf dem Grundsatze von Treu und Glauben im Verkehr. Ueber die Bestimmung in 776[1] hinaus ist der Gläubiger nicht zur Beschleunigung der Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner gehalten. Der Bürge hätte nur die Behelfe in 774 und 775. Der Gläubiger kann aber eine Verpflichtung bez. der Rechtsverfolgung vertragsmäßig dem Bürgen gegenüber übernommen haben. Der Bürge hat dann die aus dem Vertrage sich ergebenden Rechte. Selbstverständlich haftet der Gläubiger dem Bürgen aus unerlaubtem Verhalten.

D. Inwieweit der Bürge die Bürgschaft dem Gläubiger kündigen kann, bestimmt sich nach allgemeinen Grundsätzen[2].

E. Die Uebernahme der Bürgschaft auf Zeit.

1. Hat sich der Bürge für zukünftige Verbindlichkeiten des Hauptschuldners, mag das Rechtsverhältniß zwischen Gläubiger und Schuldner schon bestehen oder nicht, auf bestimmte Zeit verbürgt (Kreditbürgschaft), so ist anzunehmen, daß der Bürge nur für die Verbindlichkeiten haften will, die innerhalb dieser Zeit entstehen.

2. Die zeitlich beschränkte Verbürgung für bestehende Verpflichtungen hat dagegen im Zweifel den Sinn (777), daß dem Gläubiger die Kreditgewährung an den Schuldner während dieser Zeit ermöglicht werden soll. Daraus ergiebt sich, daß

a. wenn dem Bürgen die Einrede der Vorausklage zusteht, dieser nicht schlechthin mit dem Ablaufe der Zeit frei wird, sondern nur, wenn der Gläubiger nicht nach Ablauf der Zeit die Einziehung der Forderung unverzüglich vom Hauptschuldner nach 772 betreibt, das Verfahren ohne wesentliche Verzögerung fortsetzt und dem Schuldner nach Beendigung des Verfahrens unverzüglich anzeigt, daß er den Bürgen in Anspruch nehme. Entspricht der Gläubiger dieser Vorschrift, so haftet der Bürge für den Umfang der Hauptschuld zur Zeit der Beendigung des Verfahrens;

[1] Aber auch 777.

[2] Immerwahr, Die Kündigung (1898), S. 126 ff.

Digitized by Google

b. steht dagegen dem Bürgen die Einrede der Vorausklage nicht zu, so wird der Bürge nach Ablauf der Zeit befreit, wenn der Gläubiger ihm nicht unverzüglich nach Ablauf der Zeit anzeigt, daß er seine Haftung in Anspruch nehme.

Erfolgt diese Anzeige, so haftet der Bürge für die Hauptschuld in ihrem Umfange im Zeitpunkt des Ablaufes der bestimmten Zeit.

§ 132.

Der Vergleich[1].

I. Der Begriff (779).

Vergleich ist der Vertrag, durch den ein Streit oder eine Ungewißheit über ein Rechtsverhältniß oder die Unsicherheit der Verwirklichung durch gegenseitiges Nachgeben der Parteien beseitigt werden soll.

A. Der Zweck des Vergleiches ist demnach ein eigenthümlicher: der Vergleich geht auf Beseitigung der Ungewißheit, Bestrittenheit, Unsicherheit. Nicht wesentlich ist (von D. abgesehen) die Art, wie die Streitigkeit, Ungewißheit, Unsicherheit beseitigt wird, und ob in der Neuregelung durch den Vergleich nicht wieder eine Ungewißheit ꝛc. liegt. Vergleichsgeschäft ist das Geschäft, durch welches der Vergleichszweck erreicht werden soll. Die juristische Natur dieser Geschäfte ist eine sehr verschiedene, z. B. Verzicht des Berechtigten, Anerkenntniß des Verpflichteten, Erfüllung des Verpflichteten, Erbringung einer anderweiten Abfindungsleistung oder Uebernahme der Verpflichtung zu einer solchen. Der Vergleich ist demnach stets Vertrag, denn die Parteien müssen sich über den Vergleichszweck des Geschäftes geeinigt haben. Schuldvertrag ist der Vergleich aber nur.

---

[1] Materialien: M. I. S. 649 ff.; P. I. S. 166. 270 f.; II. S. 509 ff. 519 ff.; VI, S. 198.

Litteratur: 1888: Bekker, Beitr., H. 2, S. 47. 1889: Sturm, Die Lehre vom Vergleiche. Fischer, Beitr., H. 6, S. 41 ff. Herold, Zeitschr. f. d. Priv.- u. öff. Recht, Bd. 16, S. 694 ff. Bekker, System II, S. 130. 240. 261. 267 ff. 1890: Zitelmann, Beitr., H. 9/10., S. 49 ff. 141. 183. 1891: Pfizer, Gruch. Beitr., Bd. 35, S. 311 ff. 1892: Bähr, Gegenentwurf, S. 150 ff. Jakubezky, Bemerkungen, S. 149. 1893: Regelsberger, Pandekten I, §§ 171. 172. Grützmann, Sächs. Arch. Bd. 3, S. 697 f. 1895: Oertmann, Der Vergleich im gem. Civilrecht. 1897: Bunsen I, § 91. 1898: Weyl I, § 125. Leske, § 93. Mandry-Geib, S. 239 ff. 1899: Krückmann, § 28. v. Buchka § 21. Endemann I, § 193. Cosack I, § 160. Tränkner, Sächs. Arch. Bd. 9, S. 192.

Digitized by Google

wenn in ihm ein Rechtsgeschäft geschlossen ist, welches ein Schuldverhältniß begründet.

B. Das verglichene Rechtsverhältniß kann ein dingliches, schuldrechtliches, familienrechtliches, erbrechtliches sein; immer vorausgesetzt, daß die Verfügung den Vergleichsparteien zusteht[1].

C. Das verglichene Rechtsverhältniß muß entweder

1. streitig, aber nicht rechtshängig sein[2], oder es muß

2. ungewiß sein nach Existenz oder Umfang, z. B. die Parteien haben den Inhalt des Vertrages vergessen, das Rechtsverhältniß ist bedingt, es hat terminliche Leistungen unsicherer Dauer zum Gegenstande wie die Rentenberechtigung, oder

3. die Realisirung muß unsicher sein wegen der Vermögenslage des Schuldners[3].

Die in allen Fällen vorliegende Ungewißheit ist eine subjektive, nicht objektive. Liegt solche Ungewißheit nicht vor, z. B. ein gewisses Rechtsverhältniß wird durch ein anderes ersetzt, so liegt auch ein Vergleich nicht vor, wie z. B. bei vertragsmäßiger Auseinandersetzung einer Vermögensgemeinschaft[4].

D. Jede Partei muß ein Zugeständniß machen, ein Vermögensopfer bringen. Der Vertrag ist gegenseitiger und entgeltlicher Vertrag. Wird nur auf einer Seite ein Opfer gebracht, so liegt möglicherweise Schenkung vor. Das Rechtsverhältniß der Parteien bestimmt sich daher nach dem für gegenseitige Verträge geltenden, davon abgesehen, nach dem Inhalte des Vergleichsgeschäftes.

E. Der Vergleich bedarf als solcher einer Form nicht, wohl aber kann das einzelne Vergleichsgeschäft der Form bedürfen. Im Wege des Vergleiches abgegebene Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnisse bedürfen dagegen der sonst vorgeschriebenen schriftlichen Form nicht (782).

---

[1] Schranken für den Vergleich ergeben sich demnach aus 1614. 1714. 1360 für den gesetzlichen Unterhaltsanspruch.

[2] Die vor einem deutschen Gerichte in einem anhängigen Rechtsstreite geschlossenen Vergleiche sind wie Urtheile vollstreckbar, CPO. § 794, Z. 1. 2.

[3] Hierher würde der Zwangsvergleich im Konkurse gehören. Auch dieser ist durch Urtheilswirkungen ausgezeichnet. KO. § 194.

[4] Der Vergleich über ein durch rechtskräftiges richterliches Urtheil, Schiedsspruch oder früheren Vergleich festgelegtes Rechtsverhältniß ist durchaus nach den allgemeinen Voraussetzungen zu beurtheilen und an sich keineswegs ausgeschlossen. Vgl. Planck, S. 523. Oertmann, S. 505 f. A. M. Endemann I, § 193, Note 4.

Digitized by Google

II. Die Wirkung des Vergleiches.

A. Der Vergleich ist wegen Drohung und wegen Arglist nach allgemeinen Grundsätzen anfechtbar.

B. Ebenso verhält es sich mit der Wirkung eines wesentlichen Irrthumes.

C. Dagegen wird der Vergleich keineswegs dadurch beseitigt, daß die beim Vergleich vorhandene Ungewißheit hinterher sich aufklärt. Man muß aber beim Vergleiche davon ausgehen, daß die Parteien gewisse positive oder negative Umstände mit der Bedeutung in den Kreis ihrer Abmachungen einbeziehen, daß der Vertrag nur von Bestand sein solle, wenn diese Umstände sich bewahrheiten. Der Parteiwille läßt dann eine verschiedene Deutung zu. Entweder wollen die Parteien für den Fall des Ausfalles des Umstandes

1. ein Rücktrittsrecht oder einen Anspruch auf Aufhebung einräumen oder

2. sie wollen, daß der Vertrag gar nicht geschlossen sei, weil sein wirklicher Gegenstand eben dann nicht vorliege.

Das BGB. folgt der letzteren Alternative in der Auslegungsregel in 779. Voraussetzung ihrer Anwendung ist, daß

a. der nach dem Inhalte des Vertrages stillschweigend oder ausdrücklich zu Grunde gelegte Sachverhalt der Wirklichkeit nicht entspricht, z. B. der Testamentserbe schließt einen Vergleich mit den Nachlaßgläubigern, während das Testament sich als nichtig herausstellt;

b. daß der Streit oder die Ungewißheit bei Kenntniß der Sachlage nicht entstanden sein würden.

Aus der eintretenden Nichtigkeit folgen dann die weiteren Wirkungen[1].

Im Erfolge kommt die Regelung des BGB. auf die für das gemeine Recht vertretene Auffassung[2] hinaus, nur daß nach dem BGB. die Unwirksamkeit auf eine besondere, neben der Vertragserklärung nebenherlaufende Willenserklärung der Parteien zurückgeführt erscheint.

§ 133.

Die Schiedsverträge.

Zu den Schiedsverträgen im weiteren Sinne gehören der Schiedseidvertrag und die das Schiedsgericht konstituirenden Verträge, d. h.

[1] Planck, S. 526. Oertmann, S. 506 f. Cosack I, § 160. Endemann I, § 193, Note 11.

[2] Vgl. Regelsberger, Pandekten I, S. 626.

Digitized by Google

der Schiedsvertrag im engeren Sinne (compromissum) und der Schiedsrichtervertrag (receptum). Diese Verträge sind durch das BGB. nicht besonders geregelt, aber auch nicht ausgeschlossen (M. II, S. 657).

I. Der Schiedseidvertrag hat die Vereinbarung zum Inhalte, daß unter Umgehung des Gerichtes die Entscheidung eines unter den Parteien bestehenden Rechtsstreites durch die eidliche Erklärung einer der Parteien gegeben sein solle. Die Parteien verpflichten sich also, das Gericht nicht anzugehen. Insoweit würde dem Beklagten eine Einrede gegen die gerichtliche Klage zustehen. Die Verpflichtung geht ferner dahin, daß sich beide Theile der in der eidlichen Erklärung liegenden Entscheidung unterwerfen wollen. Der Inhalt der eidlichen Erklärung geht also über in die vertragsmäßige Anerkennung,

II. Die das Schiedsgericht begründenden Verträge.

A. Der Schiedsvertrag (compromissum).

Durch den Schiedsvertrag verpflichten sich die Parteien einander, die Entscheidung eines unter ihnen bestehenden Rechtsstreites einem oder mehreren Schiedsrichtern zu übertragen und sich dieser Entscheidung zu unterwerfen. Darin liegt auch das Versprechen, das öffentliche Gericht nicht angehen und die Parteipflichten im Schiedsgerichtsverfahren erfüllen zu wollen.

1. Der Vertrag bedarf einer Form nach dem BGB. nicht. Ist er mündlich abgeschlossen, so kann jede Partei die Errichtung einer schriftlichen Urkunde verlangen (CPO. § 1027).

2. Die Gültigkeit des Schiedsvertrages ist zunächst nach allgemeinen Gesichtspunkten zu beurtheilen. Sie hängt ferner davon ab, daß die Parteien über den Gegenstand des Streites einen Vergleich zu schließen berechtigt sind (CPO. § 1025). Der Rechtsstreit, um den es sich handelt, braucht nicht ein gegenwärtiger zu sein. Auch das Rechtsverhältniß, über welches der künftige Rechtsstreit entstehen kann, kann selbst ein zukünftiges sein, nur muß es ein bestimmtes sein (CPO. § 1026). Die Parteien können den Schiedsrichter im Schiedsvertrage benennen oder nicht. Im letzteren Falle können sie über die spätere Ernennung Anordnung treffen. Ist auch das nicht geschehen, so greifen die Bestimmungen der CPO. § 1028 ff. ein, nach welchen es eventuell zu einer Ernennung des Schiedsrichters durch das Gericht kommt. Auf die Gültigkeit des Schiedsvertrages

Digitized by Google

hat es keinen Einfluß, daß der nicht im Vertrage ernannte Schiedsrichter unfähig ist (Kinder, Geisteskranke), nach CPO. § 1032 abgelehnt wird oder die Ausführung des Schiedsrichteramtes verweigert. Es tritt Ergänzungsernennung ein. Der Vertrag tritt aber außer Kraft, wenn die Parteien nicht Vorsorge getroffen haben, sobald eine im Vertrage zum Schiedsrichter bestimmte Person stirbt, aus anderem Grunde wegfällt, die Uebernahme des Amtes verweigert, von dem mit ihr geschlossenen Vertrage zurücktritt oder die Erfüllung ihrer Pflicht ungebührlich verzögert, ferner auch, wenn sich unter den mehreren Schiedsrichtern Stimmengleichheit herausstellt. Mit dem Tode der Parteien tritt der Vertrag nicht außer Kraft. Der Schiedsvertrag kann endlich über das *Verfahren* bestimmen (CPO. § 1034, Abs. 2). Alle Vereinbarungen des Vertrages können durch Strafversprechen gesichert werden.

3. *Die Wirkung des Schiedsvertrages* zeigt sich *vor gefälltem Spruche* darin, daß der gerichtlichen Klage die materielle Einrede bestehenden Schiedsvertrages entgegensteht, die der Kläger durch die Replik entkräften kann, daß der Beklagte die Parteipflichten schuldhafterweise nicht erfüllt und den Spruch vereitelt habe. Zur Erfüllung der Parteipflichten kann auch das Gericht angerufen werden (CPO. § 1029, Abs. 2). *Ist der Schiedsspruch gefällt*, so ruht seine verbindliche Kraft im Schiedsvertrage. Daher kann die Aufhebung des Spruches aus Gründen verlangt werden, die im Schiedsvertrage liegen. Ferner kann der Schiedsspruch durch Vereinbarung aufgehoben und durch Bestimmung im Schiedsvertrage gegen Aufhebung gesichert werden, die an sich zulässig wäre (CPO. § 1041). Davon abgesehen ist aber dem Schiedsspruche in CPO. §§ 1040. 1042. 1043 die Bedeutung eines rechtskräftigen Urtheiles und die Vollstreckbarkeit beigelegt worden.

B. *Der Schiedsrichtervertrag* (receptum) ist der Vertrag der Parteien mit dem Schiedsrichter, durch den sich der letztere zur Uebernahme und Ausführung des Amtes verpflichtet. Auch dieser Vertrag bedarf einer Form nicht. Im Falle der Verweigerung oder Verzögerung der Erfüllung seiner Pflicht können die Parteien auf Erfüllung und Schadensersatz klagen. Eine Klage auf Erfüllung ist auch dann nicht ausgeschlossen, wenn der Schiedsvertrag nach CPO. § 1033, Z. 1., außer Kraft getreten ist, die Parteien aber am Schiedsvertrage festhalten wollen.

Digitized by Google

§ 134.

Schuldanerkenntniß, Schuldverſprechen[1].

I. Das Schuldverſprechen (780) iſt das abſtrakte vertragsmäßige Verſprechen einer Leiſtung (nicht nur einer Geldleiſtung). Das Schuldanerkenntniß (781) iſt der abſtrakte Vertrag, durch den das Beſtehen eines Schuldverhältniſſes anerkannt wird.

Beide Verträge berühren ſich auf das Nächſte: in dem Schuldverſprechen liegt auch immer ein Schuldanerkenntniß, und wenn dieſes als abſtrakter Schuldvertrag anerkannt wird, ſo muß es auch das Schuldverſprechen. Eine Auslegungsfrage iſt es, ob in einem Anerkenntniß einer Thatſache ein bloßes Geſtändniß oder ein Schuldvertrag liegt.

Das Verſprechen der Leiſtung oder das Anerkenntniß können unbeſchadet ihrer abſtrakten Natur von einer Gegenleiſtung abhängig gemacht ſein.

II. Beide Verträge bedürfen der Form.

Die Formvorſchrift beruht darauf, daß durch dieſe Verträge eine Verpflichtung begründet wird, die von dem eigentlichen materiellen Schuldgrunde ſich loslöſt.

---

[1] Materialien: M. II. S. 687 ff. P. I. S. 166. 232. 235. 270 f. 376; II. S. 12. 17 f. 20. 489 ff. 696. 799 ff. D. S. 93 f. BRR., S. 100.

Litteratur: 1888: Bähr, Zur Beurtheilung, S. 85 ff. Krebs, Ueber Schuldanerkennung (Diſſertat.). 1889: Gierke, Der Entwurf, S. 225 ff. Derſelbe, Die ſociale Aufgabe des Priv.-R. (Vortr.), S. 31. Kindel, Das Recht an der Sache, S. 99. Seuffert, Beitr., H. 11, S. 30 ff. Bähr, Arch. f. bürg. Recht, Bd. 2, S. 105 ff. Ring, Arch. f. bürg. Recht, Bd. 1, S. 204. Koch, Beitr., H. 4, S. 35 ff. Planck, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 75, Z. 410 ff. Bähr, Jur. Tag 20, Bd. 1, S. 300. Lenel, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 74, S. 238. Verhandlungen des Pr. Landes-Oek.-Koll., S. 221 ff. 280 ff. 620 ff. 902. Bekker, Syſtem II, S. 81. 130. 259 f. 1890: Zitelmann, Beitr., H. 9/10, S. 62. 142. 144. 184 f. 1891: Pfizer, Gruch. Beitr., Bd. 35, S. 303 ff. 1892: Bähr, Gegenentw., S. 149 f. Jakubezky, Bemerkungen, S. 151 ff. 1893: v. Brocken, Beitr. zur Lehre vom Schuldanerkennungsvertrage (Diſſ.). Grützmann, Sächſ. Arch., Bd. 3, S. 701 ff. 1896: Lotmar, Der unmoraliſche Vertrag, S. 62 f. 171. 1897: Bunſen I, § 92. Oertmann, Oeſterreich. allgem. Gerichts-Zeitung, 1897, S. 251 ff. 1898: Goldmann-Lilienthal, S. 129 ff. Weyl I, § 126. Leske, § 94. 1899: Kuhlenbeck, Von den Pandekten ꝛc. II, § 17. Krückmann, § 29. v. Buchka, § 21. Endemann I, § 194. Coſack I, §§ 161. 162. Tränkner, Sächſ. Arch., Bd. 9, S. 193 ff. Collatz, Jahrb. f. Dogm., Bd. 40, S. 127 ff.

Digitized by Google

Verlangt wird daher Schriftlichkeit des Versprechens und der Anerkennungserklärung, d. h. der Schuldnererklärung, nicht auch der Annahme, die auch stillschweigend, z. B. durch Entgegennahme der Urkunde, erfolgen kann. Gänzlich formlos sind das Versprechen und die Anerkennung, wenn sie auf Grund einer Abrechnung (Abrechnungsvertrag) oder zum Vergleichszwecke erfolgen (782). Wo an sich aus anderen Gründen (z. B. 518) andere Formen für das Schuldversprechen vorgeschrieben sind oder zur Begründung des Schuldverhältnisses, das anerkannt wird, nöthig sind (z. B. 311. 313 518), kommen diese Formen für das Schuldversprechen und das Schuldanerkenntniß zur Anwendung (780. 781). Es könnten sonst jene Vorschriften leicht umgangen werden.

III. Der abstrakte Charakter beider Verträge.

A. Ob der Wille des Schuldners vorliegt, sich unabhängig von dem eigentlichen rechtlichen Zwecke zu verpflichten, ist eine Auslegungsfrage. Schuldversprechen und Schuldanerkenntniß können den rechtlichen Zweck ganz verschweigen oder in einer gewissen Allgemeinheit benennen oder in allen Einzelheiten in sich aufnehmen. Sie sind demnach mehr oder weniger indiskret oder diskret. Der selbständige Verpflichtungswille ist auch in dem letzten Falle nicht ausgeschlossen und erzeugt dann die Folgen unter B. Aus der Schriftform an sich ist andererseits die abstrakte Natur des Versprechens oder Anerkenntnisses zu entnehmen. Nur soviel ist richtig, daß die Anwendung der Schriftform besonders bei solchen indiskreten Verträgen für die abstrakte Natur spricht, und daß ein erweislich abstrakt gewolltes Versprechen ꝛc. ohne Anwendung der Schriftform keine Bedeutung hat.

B. Dem abstrakten Schuldversprechen und dem Schuldanerkenntnisse liegt wie jedem Schuldvertrage ein rechtlicher Zweck zu Grunde. Die von den Parteien gewollte Loslösung von demselben hat die Bedeutung,

1. daß der Schuldner Einwendungen aus dem zu Grunde liegenden Verhältnisse nicht entnehmen kann. So auch beim Schuldanerkenntniß; dieses schafft kein völlig neues Schuldverhältniß an Stelle des alten. Der Gläubiger, der aus dem ursprünglichen Schuldverhältnisse klagt, kann aber die Einreden aus dem ursprünglichen Schuldverhältniß mit der Berufung auf das Anerkenntniß ablehnen;

2. daß, wenn der rechtliche Zweck ermangelt, der Schuldner das Recht hat, nach den Grundsätzen über die Rückforderung ungerechtfertigter Bereicherung der Erfüllung des abstrakten Versprechens oder

Digitized by Google

der Anerkennung zu verweigern oder die Befreiung von der eingegangenen Verpflichtung zu verlangen (812).

C. Unter Umständen ist aber ein Zurückgehen auf das zu Grunde liegende Rechtsverhältniß nothwendig; so beim Anerkenntniß einer Spielschuld (Bd. I, § 130), ferner, wenn das abstrakte Schuldversprechen gegen die guten Sitten verstößt oder ein Schenkungsversprechen (Bd. I, § 112) enthält.

---

6. Kapitel.

Die Anweisung.

§ 135.

Die Anweisung[1].

I. Der Begriff.

Die schriftliche Anweisung enthält die Ermächtigung des Anweisenden an den Angewiesenen, für Rechnung des Anweisenden an einen Dritten (Anweisungsempfänger) Geld, Werthpapiere oder andere vertretbare Sachen zu leisten. Darin, daß die Anweisungsurkunde

[1] Materialien: M. II. S. 555 ff. P. II. S. 380; VI. S. 191 f. D. S. 94 ff.

Litteratur: 1888: Bähr, Zur Beurtheilung, S. 84 ff. Jacoby, Annalen des d. Reichs, S. 612. Rießer, Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht, Bd. 35 (Beil.-H.), S. 401 ff. 1889: Gierke, Der Entwurf, S. 249 ff. Derselbe, Die sociale Aufgabe des Priv.-R. (Vortrag), S. 31. Laband, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 74, S. 331 ff. Planck, ebenda, Bd. 75, S. 411. Koch, Beiträge, H. 4, S. 18 ff. Strohal, Jahrb. f. Dogm., Bd. 28, S. 367, Anm. 22, 370. Verhandlungen des Pr. Landes-Oek.-Coll., S. 221. 280. 620 ff. 902. 1890: v. Canstein, Arch. f. bürg. Recht, Bd. 4, S. 276 ff. 1891: Jacoby, Annalen des d. Reichs, S. 97 ff. 1892: Grützmann, Sächs. Arch., Bd. 2, S. 687. Bähr, Gegenentwurf, S. 151 f. Jakubezky, Bemerkungen, S. 143. 1895: Wendt, Das allgem. Anweisungsrecht. 1896: Lenel, Jahrb. f. Dogmat., Bd. 36, S. 113 ff. 1897: Bunsen I, § 93. 1898: Weyl, I, § 127. Leske, § 95. 1899: Kuhlenbeck, Von den Pandekten ꝛc. II, § 36. Krückmann § 30. v. Buchka, § 21. Endemann, § 195. Cosack I, § 151. Tränkner, Sächs. Archiv, Bd. 9, S. 195 ff.

Digitized by Google

dem Anweisungsempfänger ausgehändigt wird, liegt die Ermächtigung für diesen, die Leistung bei dem Angewiesenen im eigenen Namen zu erheben.

A. Das BGB. regelt nur die schriftliche Anweisung. Die Wirkungen einer mündlichen Anweisung, auch einer solchen, die sich etwa im Beisein des Anweisungsempfängers vollzieht, sind nach allgemeinen Grundsätzen, namentlich nach dem Parteiwillen, festzustellen.

B. Das BGB. regelt nur die schriftliche Anweisung mit Doppelermächtigung. Die Wirkungen einer nur an den Angewiesenen gerichteten Aufforderung sind nach allgemeinen Grundsätzen und nach dem Parteiwillen festzustellen.

C. Der Anweisungsempfänger ist vom Anweisenden ermächtigt, die Leistung im eigenen Namen zu erheben. Ist letzteres nicht gewollt, so liegt ein Auftrag zum Inkasso vor.

Der Zweck dieser Ermächtigung kann sein: Tilgung einer Schuld des Anweisenden gegenüber dem Anweisungsempfänger, Kreditgewährung von Seiten des Anweisenden an den Empfänger (Kreditbrief), Schenkung an den Empfänger, oder der Empfänger soll die Leistung für den Anweisenden erheben, sie an ihn abliefern (Inkasso-Anweisung) oder für ihn verwenden ꝛc. Möglicherweise ist der Empfänger auch verpflichtet, die Leistung zu erheben. Auch darüber entscheidet das zu Grunde liegende (Valuta-)Verhältniß. Soweit das begrifflich möglich ist, kann ein Auftrag an den Empfänger vorliegen.

D. Der Angewiesene ist durch den Anweisenden ermächtigt, für Rechnung des Anweisenden an den Anweisungsempfänger zu leisten.

Der Zweck der Anweisung kann der sein, eine Schuld des Angewiesenen an den Anweisenden zur Tilgung zu bringen (Anweisung auf Schuld) oder eine Schenkung des Angewiesenen an den Anweisenden zu bewirken, oder Kreditgewährung vom Angewiesenen an den Anweisenden (Anweisung auf Kredit). Auch hier kann der Angewiesene nach dem zu Grunde liegenden (Deckungs-)Verhältniß verpflichtet sein, der Anweisung nachzukommen, und es kann besonders ein Auftrag zur Zahlung vorliegen.

Wesentlich ist der Anweisung, daß die Leistung des Angewiesenen auf Rechnung des Anweisenden erfolgen soll. Geht der Parteiwille dahin, daß der Angewiesene die Leistung mit dem Dritten verrechnen soll, so führt das auf den Kreditauftrag (778).

Digitized by Google

Nicht erforderlich ist, daß der Angewiesene von der Ertheilung der Anweisung besonders benachrichtigt wird.

E. Die schriftliche Anweisung beschränkt sich auf die Leistung von Geld, Werthpapieren oder anderen vertretbaren Sachen.[1]

II. Das Rechtsverhältniß.

A. Zwischen dem Anweisungsempfänger und dem Angewiesenen (784).

Aus der Anweisung als solcher erhält der Anweisungsempfänger keine Ansprüche gegen den Angewiesenen auf Leistung. Das ist nur dann der Fall, wenn aus der Deckung der Anweisende einen Anspruch auf Leistung gegen den Angewiesenen hätte und diesen Anspruch auf den Anweisungsempfänger übertragen hätte.

Der Anweisungsempfänger erhält aber einen vom zu Grunde liegenden Verhältnisse unabhängigen, d. h. abstrakten Anspruch auf Leistung, sobald der Angewiesene die Anweisung angenommen hat Die Annahme der Anweisung enthält also ein abstraktes vertragsmäßiges Schuldversprechen.

1. Wegen der abstrakten Natur dieses Versprechens muß die Annahmeerklärung schriftlich erfolgen, und zwar durch einen Vermerk auf der Anweisung selbst. War die Anweisung vom Anweisungsempfänger dem Angewiesenen zur Annahme vorgelegt, so ist der abstrakte Schuldvertrag in dem Momente vollzogen, in welchem der Annahmevermerk vom Angewiesenen auf die Anweisung gesetzt ist, ohne daß es einer Uebergabe und Annahme der Urkunde von Seiten des Anweisungsempfängers noch bedürfte. Ist der Annahmevermerk schon vor Aushändigung an den Anweisungsempfänger von dem Angewiesenen auf die Anweisung gesetzt, so ist die Annahme dem Anweisungsempfänger gegenüber erst dann vollzogen, wenn die Aushändigung der Anweisung an ihn erfolgt ist. Die Bedeutung der vollzogenen Annahme ist, daß Widerruf ausgeschlossen ist. Zerstört der Anweisende den Annahmevermerk, so ist er zur Wiederherstellung verpflichtet.

2. Die abstrakte Natur der Annahme mit ihren Folgen hängt von der schriftlichen Form ab. Ohne Anwendung der schriftlichen Form wird der Wille, sich abstrakt verpflichten zu wollen, nicht berücksichtigt.

3. Die Wirkungen der abstrakten Annahme gehen

[1] Das HGB., § 363, Abs. 1, kennt außerdem die kaufmännische Order-Anweisung.

Digitized by Google

über die des abstrakten Schuldversprechens hinaus. Es liegt ähnlich wie bei der Verpflichtung aus Order- oder Inhaberpapieren. Der Angewiesene kann dem Anweisungsempfänger nur die Einreden entgegenstellen, welche

a. die Gültigkeit der Annahme betreffen (Geschäftsunfähigkeit des Angewiesenen, Zwang zur Annahme),

b. nicht aber solche Einreden, die sich aus dem Verhältniß des Angewiesenen zum Anweisenden oder des Anweisenden zum Anweisungsempfänger, also aus dem Deckungs- und Valutaverhältniß ergeben. Solche Einwendungen sind nur statthaft, wenn sie aus der Anweisung oder dem Inhalte der Annahmeerklärung hervorgehen. In dem gleichen Umfange nur wie die Einwendungen wäre auch die condictio auf das Fehlen oder den Mangel in dem Grundverhältniß zu stützen[1]. Ist in der Anweisung oder in der Annahmeerklärung der rechtliche Zweck, Schuldgrund, erwähnt, so ist es eine Auslegungsfrage, ob und inwieweit die Einreden aus dem zu Grunde liegenden Verhältnisse erhalten bleiben. Die Angabe des zu Grunde liegenden Verhältnisses kann auch lediglich orientirenden, nicht disponirenden Charakter haben;

c. dagegen Einreden, die aus dem persönlichen Verhältniß des Angewiesenen zum Anweisungsempfänger sich ergeben, z. B. Aufrechnung mit einer Forderung gegen den Anweisungsempfänger.

4. Der Angewiesene ist nur gegen Aushändigung der Anweisung zu zahlen verpflichtet. Er ist so gegen nochmalige Zahlung gesichert (785).

5. Der Anspruch des Anweisungsempfängers gegen den Angewiesenen verjährt, soweit er sich auf die Annahme stützt, in drei Jahren.

B. Das Verhältniß zwischen dem Angewiesenen und Anweisenden.

1. Der Angewiesene ist dem Anweisenden weder zur Annahme noch zur Leistung (Honorirung) aus der Anweisung verpflichtet. Eine solche Pflicht ergiebt sich auch daraus nicht, wenn der Angewiesene Schuldner des Anweisenden ist. Die Pflicht kann sich nur aus der Deckung ergeben (787, Abs. 2).

2. Hat der Angewiesene ohne Annahme oder nach Annahme der Anweisung geleistet, so bestimmt sich der Ausgleichungsanspruch

[1] Vgl. Oertmann, Oesterr. allgem. Ger.-Ztg., 1897, S. 253.

Digitized by Google

des Angewiesenen gegen den Anweisenden nach dem Deckungsverhältniß (Revalirungsklage).

3. Bei der Anweisung auf Schuld wird der Parteiabsicht gemäß und in Uebereinstimmung mit 362, Abs. 2 der angewiesene Schuldner von seiner Schuld gegen den anweisenden Gläubiger in Höhe der Leistung befreit (787, Abs. 1).

C. Das Verhältniß zwischen dem Anweisenden und dem Anweisungsempfänger.

1. Aus der Anweisung ergiebt sich keine Verpflichtung des Anweisungsempfängers dem Anweisenden gegenüber zur Erhebung der Leistung beim Angewiesenen, sondern nur eine Ermächtigung. Der Empfänger hat also weder die Pflicht, den Angewiesenen zur Annahme, noch ihn zur Leistung aufzufordern. Eine solche Pflicht kann sich nur aus der Valuta ergeben.

2. Will oder kann aber der Empfänger keinen Gebrauch von der Anweisung machen, überträgt er sie auf einen Anderen (792) oder verweigert der Angewiesene vor Eintritt der Leistungszeit die Annahme oder verweigert er die Leistung, so entspricht es den Grundsätzen von Treu und Glauben im Verkehr, daß der Empfänger dem Anweisenden unverzüglich Nachricht giebt. Schuldhafte Versäumniß verpflichtet ihn dem Anweisenden gegenüber zum Schadensersatz. Die Anzeigepflicht kann modifizirt oder nachgelassen sein (789).

3. Will der Anweisende durch die Anweisung eine Leistung an den Empfänger bewirken, so ist diese Leistung im Zweifel nicht schon mit der Annahme der Anweisung durch den Angewiesenen bewirkt, sondern erst mit der Leistung des Angewiesenen an den Anweisungsempfänger (Anweisung ist keine Zahlung).

Leistung an den Empfänger durch den Angewiesenen liegt nach allgemeinen Grundsätzen auch im Falle einer Leistung an Erfüllungsstatt, Aufrechnung ꝛc. vor. Der Empfänger hat demnach nach Annahme durch den Angewiesenen neben der Forderung aus der Anweisung auch noch die aus dem ursprünglichen Verhältniß (788).

4. Wird dem Empfänger durch den Angewiesenen geleistet, so erhält er die Leistung immer auf Grund der Anweisung, also durch den Anweisenden. Ueber die Frage, ob der Anweisende Regreß gegen den Empfänger hat, entscheidet die Valuta, ebenso darüber, ob der Empfänger im Falle der Nichtannahme oder Nichtleistung durch den Angewiesenen einen Rückgriff gegen den Anweisenden hat.

III. Das Erlöschen der Anweisung.

A. Der Widerruf der Anweisung (790).

Digitized by Google

1. Der Anweisende kann dem Angewiesenen gegenüber die Anweisung widerrufen, solange nicht der Angewiesene dem Anweisungsempfänger geleistet oder die Annahme ihm gegenüber erklärt hat. Das Gleiche gilt auch bei Anweisungen, welche noch nicht fällig sind. Auch diese ist der Angewiesene grundsätzlich anzunehmen befugt, und mit der Annahme ist der Widerruf des Anweisenden ausgeschlossen[1].

2. Der Anweisende kann sich dem Empfänger zum Nichtwiderruf verpflichtet haben (Valuta). Trotzdem kann der Anweisende dem Angewiesenen gegenüber mit Wirkung widerrufen. Der Angewiesene darf also nicht annehmen und leisten. Der Empfänger behält aber seine Ansprüche aus der Valuta auf Schadensersatz.

B. Tod, eintretende Geschäftsunfähigkeit der Betheiligten (791). Auf die bereits angenommene Anweisung haben diese Thatsachen selbstverständlich keinen Einfluß. Das Gleiche gilt aber auch für die noch nicht vom Angewiesenen angenommene Anweisung (vgl. 153).

IV. Die Uebertragung der Anweisung (792).

A. Das Forderungsrecht aus der vom Angewiesenen angenommenen Anweisung kann nach den Grundsätzen über die Uebertragung von Forderungen (398 ff.) vom Empfänger auf Andere übertragen werden. Der Erwerber muß sich also auch die Einreden gefallen lassen, die dem Angewiesenen gegen den Empfänger zustanden. Darin liegt nichts Besonderes. Es kann aber auch die Anweisung selbst vom Empfänger übertragen werden. Diese Uebertragung hat den gleichen Charakter wie unter B.

B. Die vom Angewiesenen noch nicht angenommene Anweisung giebt dem Empfänger noch kein Forderungsrecht gegen den Angewiesenen, welches übertragen werden könnte. Dagegen ist die Uebertragung der Anweisung durch Vertrag zugelassen wie bei Forderungsrechten (398 ff.). Die Uebertragungserklärung muß schriftlich erfolgen, nicht die Annahmeerklärung. Außerdem ist die Aushändigung der Urkunde erforderlich. Die Uebertragungserklärung braucht aber nicht auf der Anweisungsurkunde zu erfolgen. Widerspricht die Uebertragung dem Interesse des Anweisenden, so kann er sie ausschließen. Dem Angewiesenen gegenüber wirkt außer der aus der Anweisung selbst ersichtlichen Ausschließung auch jede Mittheilung an den Angewiesenen vor Annahme oder Leistung.

[1] Ueber diese im bisherigen Recht streitige Frage vgl. Oertmann, S. 518.

Digitized by Google

Die Uebertragung der Anweisung enthält eine weitere Ermächtigung an den jetzigen Anweisungsempfänger, die Leistung bei dem Angewiesenen zu erheben. Erhält er vom Angewiesenen Zahlung, so leistet dieser für Rechnung des ersten Anweisenden und des ersten Empfängers (zweiten Anweisenden). Für den Angewiesenen, der die Anweisung dem Erwerber gegenüber annimmt, fallen die Einreden fort, die ihm aus seinem Verhältniß zum Empfänger zustanden.

---

7. Kapitel.

Schuldverhältnisse aus einseitigem Rechtsgeschäfte.

§ 136.

Die Auslobung[1].

I. Begriff (657).

Auslobung ist das öffentlich bekanntgemachte Versprechen einer Belohnung für die Vollbringung einer Leistung.

A. Wesentlich ist die öffentliche Bekanntmachung, d. h. die mündliche, schriftliche oder druckschriftliche Verbreitung in der Weise, daß eine unbestimmte Anzahl von Menschen von dem Versprechen Kenntniß nehmen konnte (Anschläge, Zeitungsinserate). Gleichgiltig ist es, einem wie großen Kreise individuell unbestimmter Personen die Bekanntmachung zukommt[2]. Die öffentliche Bekannt-

[1] Materialien: M. II. S. 518 ff. P. II. S. 347 ff.

Litteratur: 1888: Hartmann, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 73, S. 374 ff. Bähr, Zur Beurtheilung, S. 82. 1889: Gierke, Der Entwurf, S. 226 ff. 248. Dickel, Ueber das neue BGB. für Montenegro ꝛc., S. 93 f. 1892: Jakubezky, Bemerkungen, S. 140 f. Bähr, Gegenentwurf, S. 135 f. 1893: Lichtenstein, Die Auslobung (Diss.). Grützmann, Sächs. Arch., Bd. 3. S. 685. 1895: Oertel, Die Lehre von der Auslobung (Diss.). 1897: Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse, § 11. Bunsen I, § 80. 1898: Melliger, culpa in contrahendo, S. 238 ff. Stobbe-Lehmann III, § 219. Leske, § 83. Weyl I, § 115. Krückmann, § 21. v. Buchka, § 19. Endemann I, § 176. Cosack I, § 153. Tränkner, Sächs. Arch., Bd. 9, S. 173 f.

[2] Enger faßt die Oeffentlichkeit Planck, S. 403, Z. 1 (zu 657).

Digitized by Google

machung muß auch zu dem Zwecke erfolgt sein, dem Publikum die Kenntniß von dem Versprechen zu vermitteln. Nicht erforderlich ist die Vermittelung an die Interessenten, die Erklärung ist keine empfangsbedürftige[1].

B. Der Kreis von Personen, an den sich die auslobende Person wendet, kann ein ungeschlossener oder geschlossener sein.

C. Die Leistung, welche die Auslobung bezweckt, braucht nicht nützlich oder gemeinnützlich zu sein, sie kann auch im rein persönlichen Interesse des Auslobenden liegen. Nur unerlaubt und unsittlich darf sie nicht sein (134. 138)[2]. Die Leistung muß aber nicht im Interesse des Auslobenden liegen; auch die sog. einseitigen Wetten, bei denen der Versprechende ein Interesse an der Nichtvollbringung der Handlung, z. B. an der Entdeckung eines Fehlers eines neuen Medikamentes, hat, fallen unter die Auslobung.

Ist die Leistung unmöglich, so ist das Versprechen nichtig.

D. Selbstverständlich ist das Erforderniß der Ernstlichkeit des Willens des Auslobenden. Aus der öffentlichen Bekanntmachung folgt diese noch nicht zwingend, z. B. Erklärungen zum bloßen Reklamezweck.

E. Bei Preisausschreiben (661) muß die Auslobung, um gültig zu sein, in der Bekanntmachung eine Frist für die Bewerbung feststellen.

II. Die Verpflichtung des Auslobenden (657. 658).

A. Die Auslobung ist einseitiges, verpflichtendes Versprechen. Die Verpflichtung des Auslobenden entsteht daher auf Grund der öffentlichen Bekanntmachung des Versprechens, sobald Jemand die Leistung erbracht hat (sog. Pollicitationstheorie). Dazu gehört, wenn eine Frist für die Leistung in der Auslobung gesetzt ist, wie nothwendig bei Preisausschreibungen (661), auch Erbringung innerhalb der Frist. Vor der Erfüllung dieser Voraussetzung fehlt es an der Person des Gläubigers, es ist aber der Grund der Verpflichtung des Schuldners gelegt. Gläubiger ist auch Derjenige, der ohne Kenntniß und ohne Rücksicht auf die Auslobung die Leistung erbrachte oder anbot. Es müßte denn der Auslobende eine Beschränkung in dieser Richtung gewollt haben. Mit der Erbringung der Leistung geht der Anspruch auf die Erben über. Wozu der Aus-

[1] A. M. Hellmann, Krit. VJSchr., Bd. 41 (1899), S. 242 f.

[2] Unsittlich kann die Auslobung für Heirathsvermittelung sein. Vgl. Hellmann, a. a. O. (Note 1), S. 253.

Digitized by Google

lobende weiter verpflichtet ist, bestimmt sich nach dem Inhalt der Auslobung.

B. Die Anfechtung der Auslobung wegen Drohung, Betruges ꝛc. ist nach allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen.

C. Der Widerruf der Auslobung.

Selbstverständlich ist, daß der Auslobende, weil er den Inhalt der Auslobung bestimmt, sich den Widerruf ausdrücklich oder stillschweigend vorbehalten kann. Das Gesetz erklärt aber die Auslobung im Zweifel für widerruflich, wenn nicht auf den Widerruf verzichtet ist.

1. Der Widerruf ist zulässig nur bis zur Erbringung der Leistung, wenn auch der Auslobende erst später Kenntniß von der Erbringung erlangt hat, oder Derjenige, der die Leistung erbracht hat, sich erst später meldet. Die Beweislast wird allerdings in solchem Falle den Gläubiger treffen.

2. Der Widerruf muß in derselben Weise bekannt gemacht werden wie die Auslobung, oder er kann durch besondere Mittheilung, z. B. an einen auf Grund der Auslobung thätig Gewordenen, erfolgen. Im letzteren Falle ist der Widerruf nur wirksam Demjenigen gegenüber, dem die Mittheilung gemacht ist.

3. Tod und Geschäftsunfähigkeit stehen dem Widerrufe nicht gleich.

4. Wer auf eine widerrufliche Auslobung hin thätig wird, handelt auf eigene Gefahr, er hat keinen Anspruch auf Schadensersatz, Ersatz von Aufwendungen, Kosten ꝛc., wenn der Widerruf rechtswirksam erklärt wird.

5. Auf den Widerruf kann in der Auslobung verzichtet werden, ausdrücklich oder stillschweigend. In der Bestimmung einer Frist für die Vornahme der Handlung, wie besonders im Falle des Preisausschreibens (661), liegt im Zweifel ein Verzicht auf den Widerruf für die Dauer der Frist. Nach fruchtlosem Ablauf der Frist wird der Versprechende natürlich frei.

D. Schwierigkeiten ergeben sich, wenn die ausgelobte Leistung von Mehreren erbracht ist (659. 660. 661).

1. Ist die ausgelobte Handlung von Mehreren vorgenommen worden, so entspricht es der Natur der Auslobung, daß Derjenige die Belohnung erhält, der die Handlung zuerst vorgenommen hat. Ist die Handlung von den Mehreren gleichzeitig vorgenommen, so ist Jeder bei Theilbarkeit der Belohnung zum Antheil berechtigt (420); bei Untheilbarkeit, oder wenn die Belohnung nach der Auslobung nur Einem zukommen soll, entscheidet das Loos.

Digitized by Google

2. Laufen auf ein Preisausschreiben mehrere Bewerbungen ein, so steht die Entscheidung darüber, ob sie einzeln der Auslobung entsprechen und welche den Vorzug verdient, der in der Auslobung bezeichneten Person und in Ermanglung einer solchen dem Auslobenden selbst zu. Die Entscheidung ist keine empfangsbedürftige Erklärung[1]. Die getroffene Entscheidung ist unanfechtbar, gerichtliche Entscheidung kann nicht etwa wegen Unbilligkeit angerufen werden. Sind mehrere Bewerber durch die Entscheidung als gleich würdig bezeichnet, so erhält bei Theilbarkeit der Belohnung jeder einen gleichen Antheil, bei Untheilbarkeit, oder wenn die Belohnung nach der Auslobung nur Einem zukommen soll, entscheidet das Loos.

3. Ist die Belohnung für einen Erfolg ausgesetzt, der nur einmal bewirkt ist, bei dem aber mehrere Personen mitgewirkt haben, so hat der Auslobende bei Theilbarkeit der Belohnung die Belohnung unter Berücksichtigung des Antheiles eines Jeden am Erfolge nach billigem Ermessen unter sie zu vertheilen[2]. Wegen offenbarer Unbilligkeit kann die Vertheilung angefochten und dann im Urtheil festgestellt werden (317—319). Erkennt einer der Betheiligten die Vertheilung des Auslobenden nicht an, so hat der Auslobende das Recht, die Erfüllung zu verweigern, bis die Betheiligten den Streit unter sich ausgetragen haben. Wegen des Zusammenhanges der Ansprüche der Gläubiger kann nach Analogie von 432 jeder Betheiligte verlangen, daß der Auslobende die Belohnung für alle hinterlegt. Ob der Auslobende selbst sich durch Hinterlegung von seiner Schuld befreien kann, bestimmt sich nach den allgemeinen Grundsätzen (372). Ist die Theilung der Belohnung unmöglich oder gemäß der Auslobung unzulässig, so entscheidet das Loos.

E. Ein in Folge eines Preisausschreibens von dem Bewerber hergestelltes Werk verbleibt dem Bewerber, der die Belohnung erhält, wenn nicht in der Auslobung ausdrücklich oder stillschweigend bestimmt ist, daß das Eigenthum auf den Auslobenden übertragen werden soll. Ist das der Fall, so hat der Auslobende den Anspruch auf Uebertragung des Eigenthumes jedenfalls erst dann, wenn dem Bewerber der Preis zuerkannt ist. Solange kann der Bewerber das Werk zurückziehen (661, Abs. 4).

---

[1] A. M. Planck, S. 408, gegen ihn Oertman, S. 392 d.

[2] Ueber den Fall, in dem mehrere Auslobende vorhanden sind, vgl. auch Planck, S. 496 d. 497 g. Oertmann, S. 390 f.

Digitized by Google

§ 137.

Die Schuldverschreibung auf den Inhaber[1].

I. Begriff.

A. Die Schuldverschreibung auf den Inhaber gehört zu den Werthpapieren, d. h. zu den Papieren, deren Besitz für die Zuständigkeit und Ausübung der in ihnen beurkundeten Rechte von entscheidender Bedeutung ist.

Die Urkunde ist also nicht bloße Beweisurkunde (Schuldschein über ein Darlehen), auch nicht nur für die Rechtsbegründung vorgeschriebene Form (Testament).

Das beurkundete Recht muß nicht nothwendig ein Forderungsrecht sein (z. B. Grundschuldbrief.).

---

[1] Materialien: M. II. S. 694 ff. P. I. S. 472; II, S. 527 ff.: VI. S. 41. 143. 177 ff. 198 f. 209 f. 385 f. 411. 419 f. 505 f. 585 f. 617 f. 626 f. 652. 778. 800 f. D. S. 96 ff. BRR., S. 101. Begründung der Novelle zur CPO, S. 180 f. Mat. z. EG., S. 144 f.

Litteratur: 1888: De Weerth, Die Inhaberpapiere und der Entwurf (Dissert.). Kohlhaas, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 73, S. 211 ff. Jacoby, Annalen des d. Reichs, S. 585 ff. Fellner, Die rechtliche Natur der Inhaberpapiere (Dissert.). Rieszer, Zeitschrift für das ges. Handelsrecht, Bd. 35, S. 373 ff. 1889: Carlin, Zeitschrift f. d. ges. Handelsrecht, Bd. 36, S. 6 ff. Goldschmidt, ebenda, S. 124 ff. 597 ff. Gierke, Der Entwurf, S. 221 ff. 228 ff. Koch, Beitr., H. 4, S. 36 ff. 1890: Lehmann, O., Zur Theorie der Werthpapiere (Marb. Festgabe). v. Canstein, Arch. f. bürg. Recht, Bd. 4, S. 250 ff. Heck, Zeitschrift f. d. ges. Handelsrecht, Bd. 37, S. 279 ff. Affolter, ebenda, S. 469 ff. 1891: Jacoby, Annalen d. d. R., S. 101 ff. 1892: Jakubezky, Bemerkungen, S. 155 ff. Kohler, Arch. f. bürg. R, Bd. 6, S. 316 ff. Robinow, Der Begriff des Werthpapieres (Diss.). Bähr, Gegenentwurf, S. 153 ff. 1893: Grützmann, Sächs. Arch., Bd. 3, S. 703 ff. 1894: Jäggi, Die Einreden gegen Forderungen aus Inhaberpapieren. Strohal, Jahrb. f. Dogm., Bd. 33, S. 375 ff. 1895: Gerber-Cosack, §§ 235—241. 1897: Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse, § 11. Bunsen I, § 96. 1898: Klemperer, Die rechtliche Natur der Genußscheine. Cordes, Begriff und Arten der Werthpapiere ꝛc. (Diss.). Stobbe-Lehmann III, §§ 219. 227. 253 bis 256. Weyll, § 128. Leske, § 96. Hachenburg, Das BGB., S. 320 ff. Mandry-Geib, § 17. 1899: Krückmann, § 31. v. Buchka, § 22. Endemann I, § 196. Cosack II, §§ 254—263. Dernburg, Das bürgerliche Recht II, §§ 17. 144—154. Adler, Zeitschrift f. d. Priv.- und öffent. Recht, Bd. 26, S. 19 ff. Tränkner, Sächs. Arch., Bd. 9, S. 198 ff. Schepp, Das öffentliche Recht im BGB., S. 59 ff. Steuer, Die rechtliche Natur des Theaterbillets (Diss.).

Digitized by Google

Die Forderungswerthpapiere sind Inhaber oder Namenspapiere. Bei den ersteren giebt allein die Uebergabe des Papieres zu Besitz dem ersten und jedem weiteren Besitzer die Gläubigerlegitimation; bei den letzteren wird die Gläubigerlegitimation dadurch begründet, daß der Besitz des Papieres gerade dem in der Urkunde als Gläubiger Benannten oder Denjenigen zusteht, die ihr Gläubigerrecht von dem ersten Gläubiger herleiten. Die Namenspapierforderung geht bei den Namensorderpapieren[1] vom ersten benannten Gläubiger auf die weiteren benannten Gläubiger über durch Uebertragung des Besitzes an der Urkunde und durch Indossament (Giro).

Bei den Namensrectapapieren geht die Forderung durch Abtretung, soweit eine Uebertragung bei ihnen statthaft ist, über, während der Besitz des Papieres hier regelmäßig nur die Vorbedingung für die Ausübung des Rechtes aus dem Papier ist.

Die Forderungswerthpapiere unterscheiden sich auch darin, daß die Inhaberpapiere Präsentationspapiere sind. Die Schuld ist Holschuld; bei den Orderpapieren ist das nur mangels einer gegentheiligen Bestimmung der Fall, bei den Rectapapieren entscheiden darüber die allgemeinen Grundsätze.

B. Die Inhaberpapierschuld.

Die Inhaberpapierschuld beruht auf dem einseitigen schriftlichen Versprechen des Ausstellers, daß er die Leistung dem Inhaber der Urkunde erbringen werde. Die Verpflichtung des Schuldners beruht demnach ganz allein auf dem einseitigen Versprechen, das in der Urkunde niedergelegt ist. Die Entstehung ist so nur von der gültigen Ausstellung der Urkunde abhängig. Es ist nicht richtig, außer diesem Verpflichtungsgrunde auch noch den weiteren zu nennen, daß Jemand das Verfügungsrecht über die Urkunde gewinnt. Diese Thatsache ist nicht Grund der Verpflichtung. Wird das Papier definitiv von Niemandem erworben, so ist eine Verpflichtung deshalb nicht vorhanden, weil das Versprechen des Schuldners eben an den Besitzer der Urkunde gerichtet ist. Die Verpflichtung wird unwirksam wegen Unmöglichkeit der Leistung. So liegt es auch bei der Auslobung. Da das BGB. die Verpflichtung an das in der Ausstellung der Urkunde kundgegebene ein-

[1] Dahin gehören im Reichsrecht der Wechsel und die Orderpapiere des Handelsrechtes (kaufmännische Anweisung, kaufmännischer Schuldschein, Konnossement, Ladeschein, Lagerschein, Bodmereibrief, Seeversicherungspolice).

Digitized by Google

seitige Versprechen anknüpft, sind die älteren Theorieen (Vertrags-[1], Emissionstheorie ꝛc.) abgelehnt und die sog. Kreationstheorie anerkannt. Der Aussteller wird demnach aus einer sonst gültigen Schuldverschreibung (793, vgl. II.) verpflichtet, wenn die Urkunde ihm gestohlen oder von ihm verloren oder sonst ohne seinen Willen in den Verkehr gelangt ist. Die Gültigkeit der Verpflichtung wird auch dadurch nicht berührt, daß die Ausgabe nach Tod oder Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des Ausstellers erfolgt (794).

II. Die Entstehung der Inhaberpapierschuld. Sie entsteht mit der Abgabe des einseitigen Versprechens durch Ausstellung der Urkunde. Im Einzelnen:

A. Der Aussteller muß geschäftsfähig sein.

B. Das Versprechen bedarf der schriftlichen Form (793. 126); also ist zur Vollziehung der Urkunde die eigenhändige Namensunterschrift des Ausstellers erforderlich. Mit Rücksicht auf die häufige Massenausstellung von Inhaberpapieren genügt aber auch eine im Wege der mechanischen Vervielfältigung hergestellte Namensunterschrift. Gerade bei diesen Massenausgaben von Inhaberpapieren wird das Papier vollständig (Datum der Ausstellung, faksimilirte Unterschriften der Aussteller) hergestellt, ohne daß damit schon die Urkunde ausgefertigt und der Verpflichtungswille des Ausstellers schon erklärt sein soll. Die Ausfertigung (Vollziehung) soll erst durch einen auf die Urkunde gesetzten Vermerk oder ein Zeichen erfolgen. Im Anschluß an diese Uebung hatten landesgesetzliche Vorschriften bei Schuldverschreibungen auf den Inhaber, die ein Bundesstaat oder eine ihm angehörige Körperschaft, Stiftung und Anstalt des öffentlichen Rechtes ausstellt, festgesetzt, daß die Gültigkeit der Unterschrift von der Beobachtung bestimmter Formen abhängen solle, auch ohne daß eine solche Bestimmung in die Urkunde aufgenommen ist. Diese landesrechtlichen Vorschriften bleiben von Bestand (EG. Art. 100)[2]. Bei allen Schuldverschreibungen auf den Inhaber gilt nach 793, Abs. 2, daß die Gültigkeit der Vollziehung von der Beobachtung besondere Formen abhängig gemacht werden kann. Diese Bestimmung des Ausstellers muß aber in der Urkunde selbst Aufnahme gefunden haben. Sonstige Veröffentlichung der Bestimmung genügt nicht.

C. Das Versprechen muß auf eine Leistung[3] an den In-

[1] Die Vertragstheorie vertritt allerdings Cordes, a. a. O., S. 47. 51.

[2] Preuß. AV. z. BGB., Art. 17.

[3] Inhaberpapiere, die nicht ein Leistungs-Versprechen enthalten, regelt das BGB. nicht.

Digitized by Google

haber der Urkunde gehen. Es muß das aus der Urkunde hervorgehen, ohne daß wörtliche Inhaberklausel verlangt ist.

1. Die Leistung besteht nur vorwiegend in Geld. Unter den Schuldverschreibungen auf Inhaber, die auf Geld lauten, nehmen eine besondere Stellung die auf eine bestimmte Geldsumme gestellten ein (vgl. D.). Als Gegenstände der Leistung kommen weiter in Betracht vertretbare, individuelle Sachen, Dienste (Eisenbahnfahrkarten).

2. Zumeist ist das Versprechen der Leistung ein abstraktes, es kann aber auch den rechtlichen Zweck (Schuldgrund) als wesentliches Moment enthalten (z. B. Dividendenscheine).

3. Nach dem Gesetz kann Jedermann Schuldverschreibungen auf den Inhaber ausstellen. Beschränkungen ergeben sich nach Reichsrecht[1]

a. aus dem Reichsgesetz vom 8. Juni 1871 und 14. März 1875, wonach die Ausgabe von Inhaberpapieren mit Prämien nur auf Grund eines Reichsgesetzes zum Zwecke einer Staatsanleihe gestattet ist, und Banknoten und Kassenscheine und sonstige unverzinsliche Schuldverschreibungen auf den Inhaber ohne besonderen Vorbehalt oder reichsgesetzliche Konzession nur von der Reichsbank ausgegeben werden können.

b. Nach 795 besteht eine Schranke für die im Inlande ausgestellten Schuldverschreibungen auf den Inhaber, die auf eine bestimmte Geldsumme lauten (also z. B. nicht die Dividendenscheine), soweit sie nicht vom Reich oder einem Bundesstaate ausgegeben werden. Sie dürfen nicht ohne staatliche Genehmigung in den Verkehr gebracht werden (Emission). Die Genehmigung wird von der Zentralbehörde des Bundesstaates ertheilt, in dessen Gebiet der Aussteller seinen Wohnsitz oder seine gewerbliche Niederlassung hat[2]. Die Ertheilung der Genehmigung und die Bestimmungen, unter denen sie erfolgt, sollen durch den Reichsanzeiger bekannt gemacht werden. Die Publikation ist nicht Voraussetzung der Wirksamkeit der Staatsgenehmigung. Die Wirksamkeit tritt mit der Ertheilung ein. Die bei der Genehmigung

---

[1] Ueber das Partikularrecht vgl. M. II. S. 718 ff. Reichsrechtliche Beschränkungen ergeben sich aus dem Aktienrecht (HGB., §§ 179. 183) und der WO., Art. 4, 96.

[2] Schepp, Das öffentl. Recht im BGB. S. 61 f. Vgl. Meckl.-Schwer. AV. z. BGB. § 43. Meckl.-Strel. AV. z. BGB., § 42. Hamb. AG. z. BGB., § 27. Braunschw. AG. z. BGB., § 25. Hess. AG. z. BGB., Art. 67. Sächs. AV. z. BGB., § 11.

Digitized by Google

getroffenen Bestimmungen sind nur dann Inhalt der Urkunde, wenn diese sie enthält oder auf sie verweist.

Die privatrechtlichen Folgen der Zuwiderhandlung sind:

α. Eine ohne staatliche Genehmigung in den Verkehr gelangte Schuldverschreibung ist nichtig. Die Versagung der Genehmigung nimmt dem Ausstellungsakte seine Gültigkeit. Daher ist die Schuldverschreibung auf den Inhaber gültig, wenn die genehmigte Emission nach dem Tode des Ausstellers ꝛc. eintritt, oder wenn die Genehmigung selbst erst nach dem Tode des Ausstellers erfolgt.

β. Der Inhaber, d. h. der letzte Inhaber des nichtigen Papieres hat einen Anspruch auf Ersatz des Schadens, den er durch die Ausgabe erlitten hat (negatives Interesse). Dieser Anspruch steht auch, vom Falle des Betruges abgesehen, dem Inhaber zu, der die Nichtigkeit kannte oder kennen mußte, soweit nicht 254 eingreift[1]. Nur dann aber haftet der Aussteller, wenn er das Papier ausgegeben hat, d. h. wenn es mit seinem Willen in den Verkehr gelangt ist, und zwar vor Ertheilung der Genehmigung und ohne Rücksicht auf Schuld des Ausstellers.

D. Schließlich ist selbstverständliche Voraussetzung der Gültigkeit des Versprechens, daß der Aussteller den Willen hatte, sich zu verpflichten. Nur zur Belehrung ausgestellte Schuldverschreibungen auf den Inhaber sind daher nichtig.

Weiter darf der erklärte Wille nicht an einem Mangel (Zwang, Irrthum) leiden.

III. Die Forderung.

Bei der Bestimmung der Zuständigkeit der Forderung kann man einen verschiedenen Standpunkt einnehmen. Der Aussteller, der an den Inhaber der Urkunde zu leisten versprochen hat, hat kein Interesse daran, ob er an den berechtigten oder nichtberechtigten Papierinhaber leistet. Dem entsprechend kann sich der Inhaber der Urkunde auf die Inhabung berufen. Das führt zu der Regelung des E. I., nach welcher der Inhaber schlechthin der Gläubiger ist. Die Konsequenz ist, daß beauftragte Verwahrer, selbst der Dieb, Gläubiger sein würden. Diese Regelung ist dem Papiereigenthümer oder dem sonst

[1] Daß die allgemeinen Vorschriften über die Schadensersatzpflicht hier etwa wegen des besonderen Gewichtes der Ausgabe von Inhaberpapieren für den Verkehr nicht Platz greifen, darf man wohl nicht annehmen. Oertmann, S. 524 f. Cosack, a. a. O., S. 335. A. M. Fischer-Henle und M. II. S. 720.

Digitized by Google

Verfügungsberechtigten ungünstig und widerspricht dem Rechtsbewußtsein, macht dagegen das Papier in hohem Grade verkehrsfähig. Vom Standpunkte des Verfügungsberechtigten kommt die Gläubigerstellung nur diesem zu. Die Konsequenz ist, daß der Inhaber auch dem Schuldner sein Verfügungsrecht zu beweisen hätte, daß der Aussteller das Verfügungsrecht des Inhabers prüfen müßte und nur dem Verfügungsberechtigten mit befreiender Wirkung zahlen könnte. Die Regelung steht in Widerspruch mit dem Inhalte des Versprechens und dem Interesse des Ausstellers und thut der Verkehrsthätigkeit des Papieres erheblichen Abbruch.

Das BGB. wählt einen Mittelweg.

Gläubiger ist der Inhaber der Urkunde. Das zeigt sich darin, daß der Aussteller ihn als Gläubiger behandeln kann, daß also Zahlung an ihn den Aussteller schlechthin befreit, und zwar selbst dann, wenn der Schuldner weiß, daß der Inhaber nicht verfügungsberechtigt ist[1]; ferner darin, daß zur Begründung des Anspruches aus der Schuldverschreibung auf den Inhaber die Innehabung der Urkunde genügt. Ist aber der Inhaber nicht verfügungsberechtigt, so steht sein Gläubigerrecht in Widerspruch mit der Billigkeit. Aus diesem Grunde ist dem Aussteller die Möglichkeit gegeben, durch Einrede den Mangel des Verfügungsrechtes geltend zu machen (exceptio doli). Die Erhebung der Einrede ist *Recht*, keineswegs Pflicht des Ausstellers, auch nicht im Falle der Kenntniß des Ausstellers vom Rechtsmangel. Der wirklich Verfügungsberechtigte ist, weil er eben nicht Inhaber ist, auch nicht Gläubiger aus der Schuldverschreibung auf den Inhaber. Sein schutzbedürftiges Interesse ist nur durch die dem Aussteller eingeräumte Einrede und den Rechtsbehelf der Zahlungssperre (vgl. V. D. Z. 2) gesichert[2].

Die Begründung der Protokolle und der Denkschrift haben Anlaß zu anderer rechtlicher Konstruktion gegeben[3]: Wahrer Gläubiger soll der Verfügungsberechtigte sein, der Inhaber nur Empfangsberechtigter oder vermutheter Gläubiger. Durch den Wortlaut der Materialien wird zum Theil diese Auffassung unterstützt, nicht durch die Fassung des Gesetzes in 793. Dieser Auffassung stehen aber Bedenken entgegen.

[1] So auch *Cosack* II, S. 339.

[2] A. M. *Cordes*, a. a. O. (1898), S. 84. 86. *Oertmann*, Arch. f. bürg. Recht, Bd. 15 (1899), S. 457 f. *Derselbe*, Komment., S. 523.

[3] Vgl. *Gerber-Cosack*, bei § 237 u. *Schollmeyer*, a. a. O., S. 93 f. *Oertmann*, S. 521. *Neumann*, S. 368. *Cosack* II, S. 337. 338 f.

Digitized by Google

Handelte es sich um eine Rechtsvermuthung, so würde eine Verfügungsberechtigung (Eigenthum) des Inhabers über das Papier bis zum Beweise des Gegentheiles angenommen. Zur Begründung des Anspruches gehörte auch die Behauptung des Verfügungsrechtes und nur bez. des Beweises wäre der Inhaber günstiger gestellt. Vom Standpunkte der bloßen Vermuthung käme man auch mangels weiterer Vorschrift zu der Konsequenz, daß der Aussteller nur an den Berechtigten leisten dürfte und nicht an den, wie ihm bekannt, Unberechtigten, und daß der Aussteller den Gegenbeweis auf sich nehmen müßte. Die entscheidende Vorschrift in **793**, Abs. 1 stellt eine Vermuthung nicht auf.

Faßte man dagegen den Inhaber als Empfangsberechtigten auf, so wäre zwar damit erklärt, daß der Aussteller sich durch Zahlung an ihn befreien kann. Die Heranziehung des solutionis causa adjectus ist aber verfehlt, denn die Leistung an den solutionis causa adjectus ist Leistung an den wahren Gläubiger selbst vermöge seines Willens. Das Gesetz kann aber in der Leistung an den Dieb doch nicht die Leistung an den wahren Gläubiger sehen wollen. Außerdem kann der Empfangsberechtigte auch seinerseits gar nicht fordern, der Aussteller hätte nur ein Recht, ihm zu leisten, der Inhaber wäre nur Empfangsperson. Das Forderungsrecht des Inhabers ist aber in **793** ebenso wie in den Materialien klar anerkannt. Kann aber der Inhaber auf Grund des Besitzes des Papieres klagen, die Einrede und den Beweis des Mangels seines Verfügungsrechtes abwarten und bei Nichterhebung der Einrede oder bei Scheitern des Beweises eine Verurtheilung des Ausstellers erlangen, so ist er eben kein Empfangsberechtigter, sondern Gläubiger.

IV. Inhaberpapiere besonderer Art.

A. Die auf Sicht zahlbaren unverzinslichen Schuldverschreibungen auf den Inhaber. Sie haben geldähnliche Natur. Daher die Ausnahme in **799**.

B. Die auf eine bestimmte Geldsumme lautenden Schuldverschreibungen auf den Inhaber besitzen Geldähnlichkeit. Daher die Besonderheit in **795**.

C. Die Schuldverschreibungen auf den Inhaber, welche vom Reiche oder den Bundesstaaten ausgegeben werden (**795**).

D. Mit dem Versprechen des Kapitales kann der Aussteller auch die Zinspflicht übernehmen. In solchen Fällen werden regelmäßig gesonderte Urkunden ausgestellt, nämlich

Digitized by Google

1. über die Hauptschuld und die Zinsschuld im Ganzen (Hauptschuldverschreibung auf den Inhaber).

2. über die einzelnen terminlichen Zinsleistungspflichten (Zinsscheine, Koupons). Diese werden für längere Perioden (10, 20 Jahre) zusammen ausgegeben.

3. Nach Ablauf der Periode, für welche die Zinsscheine ausgegeben sind, kann der Gläubiger neue Zinsscheine verlangen. Der Aussteller verspricht dieses in dem Erneuerungsscheine (Talon) gegen Rückgabe desselben. Der Erneuerungsscheininhaber erhält also die Zinsscheine und einen weiteren Erneuerungsschein.

4. Die Dividendenscheine.

Die Hauptschuldverschreibung und die Zinsscheine sind wahre Schuldverschreibungen auf den Inhaber. Zweifelhaft kann aber das Verhältniß dieser beiden Inhaberpapiere zu einander sein. Das BGB. bestimmt, daß jeder Zinsschein eine selbständige Schuldverschreibung auf den Inhaber ist. Daher findet Uebertragung und Geltendmachung der Forderung auf die Zinsen durch den Inhaber des Zinsscheines allein statt. Erlischt die Hauptschuldverschreibung auf den Inhaber (Ausloosung), so erlöschen nicht auch die Zinsscheinforderungen. Wird die Zinsverbindlichkeit im Ganzen in der Hauptschuldverschreibung auf den Inhaber geändert (Zinsreduktion) oder aufgehoben, so erlöschen nicht die Zinsscheinforderungen. Trotz der Selbständigkeit handelt es sich um eine materielle Zinsschuld. Der Aussteller kann deshalb, wenn ihm die Hauptschuldverschreibung zur Einlösung ohne die ausstehenden Koupons vorgelegt wird, die Leistung um den Betrag dieser Zinsscheine kürzen. Werden die ausstehenden Zinsscheine nachgeliefert, so ist der gekürzte Betrag auch vor Fälligkeit der Zinsscheine zu leisten. Können die Zinsscheine nicht nachgeliefert werden, so ist die Frage die, ob für in Verlust gerathene Zinsscheine, die an sich selbständige Schuldverschreibungen auf den Inhaber sind, Zahlung zu leisten ist (804). Die Selbständigkeit der Zinsschuld gegenüber der Hauptschuld kann in der Urkunde (Zinsschein) ausgeschlossen sein. Durch diese Bestimmung würde dann 796 anwendbar (803).

Der Erneuerungsschein (Talon) kann in dem Sinne ausgestellt sein, daß der Aussteller die Zinspflicht besonders, d. h. in besonderer Urkunde, und so übernimmt, daß nicht der Inhaber der Hauptschuldverschreibung, sondern der des Talon das Recht auf die Empfangnahme der neuen Zinsscheine und des neuen Talon haben

Digitized by Google

soll[1]. Ein vollkommenes Inhaberpapier würde der Talon auch dann nicht sein, weil der Inhaber nicht schlechthin auf Vorlegung des Talon Zinsen fordern könnte, sondern nur, soweit solche wirklich aufgelaufen sind. Er stünde dem Dividendenschein (Gewinnantheilschein) gleich, der stets diesen Charakter hat. Die dispositive Norm in 803 gilt für beide Papiere nicht. Der Erneuerungsschein kommt aber für den heutigen Verkehr vorwiegend nur als Legitimationspapier in Betracht; da nicht nur der Inhaber des Erneuerungsscheines, sondern auch der Inhaber der Hauptschuldverschreibung auf den Inhaber ein Recht auf die neuen Zinsscheine und den neuen Talon haben, so kann der Aussteller dem Inhaber des alten Talon die Herausgabe verweigern. Das Recht des Inhabers der Haupturkunde hat den Vorzug vor dem des Inhabers des Talon. Ersterer kann durch Mittheilung an den Aussteller der Aushändigung an letzteren widersprechen. Die neuen Zinsscheine und der Erneuerungsschein sind im Falle des Widerspruches nur dem Inhaber der Hauptschuldverschreibung gegen Vorlegung derselben auszuhändigen (805). Der Erneuerungsschein wird außerdem mit der Haupturkunde kraftlos.

E. Zins-, Renten-, Dividendenscheine haben die gemeinsame Eigenthümlichkeit, daß sie meist auf kleinere Beträge lauten, woraus sich gewisse Eigenthümlichkeiten erklären (801. 799. 804).

F. Bei den Karten (Fahrkarten, Konzert-, Theaterbillets), Marken (Speise-, Bier-, Fahrmarken) und ähnlichen Urkunden, die ein Leistungsversprechen enthalten, ist zunächst festzustellen, ob sie nicht bloße Legitimationsurkunden sein sollen, z. B. das Theaterbillet als Quittung über den gezahlten Eintrittspreis. Dann gehören sie nicht hierher. Wohl aber dann, wenn sie in der Absicht ausgestellt sind, daß der Inhaber die Leistung solle fordern dürfen. Es finden deshalb aber nicht alle Vorschriften auf sie Anwendung, die für die vollständigen Inhaberpapiere gelten, wohl aber wesentliche Vorschriften. Wenn auch die Unterschrift unter der Urkunde fehlt (Mangel im Urkundsakt) und auch der Inhalt gegenüber dem eigentlichen Inhaberpapier lückenhaft ist (Mangel im Inhalte), so können beide Mängel doch aus anderen Thatsachen ihre Ergänzung finden, so besonders aus dem Geschäftsbetrieb, auf den diese Karten, Marken ꝛc. sich beziehen und in dem sie zur Ausgabe gelangen. Vor der Ausgabe ist diese nothwendige Ergänzung nicht gegeben, wohl aber mit

[1] Reichsgesetz v. 9. Nov. 1867, § 2. Reichsbankgesetz vom 19. März 1875, § 4.

Digitized by Google

dem Beginne der Ausgabe. Es finden daher die Vorschriften über die Verpflichtung des Ausstellers und die Forderung des Inhabers (793, Abs. 1. 794. 796) Anwendung, ferner 796 (Zulässigkeit der Einreden).

V. Das Verhältniß des Ausstellers zum Gläubiger und Papiereigenthümer.

A. Der Aussteller ist

1. dem Gläubiger zur Leistung nach Maßgabe des Versprechens verpflichtet[1],

2. aber nur auf Vorzeigung und Aushändigung des Papieres. Demnach ist die Schuld eine Holschuld. Die Aushändigung muß an den Aussteller erfolgen, da er gegen Weiterübertragung und nochmalige Zahlung gesichert sein muß. Leistung und Aushändigung sind Zug um Zug zu bewirken (274). In besonderen Fällen (800 und 804) kann Zahlung ohne Aushändigung verlangt werden. Außerdem kann der zahlende Aussteller Quittung nach 368 verlangen. Leistet der Aussteller eine Abschlagszahlung, so entspricht der Aushändigung die Aufnahme des Zahlungsvermerkes in die Urkunde selbst[2]. Die Aushändigung giebt stets dem Aussteller Eigenthum an der Urkunde. Die Vindikation des Papiereigenthümers ist also auch dann ausgeschlossen, wenn der Aussteller wissentlich an den Dieb zahlte und die Urkunde erhält (797).

3. Der Forderung des Inhabers kann der Aussteller folgende Einreden entgegenstellen (796. 793).

a. Einreden, die sich gegen die Gültigkeit der Ausstellung richten (Fälschung der Unterschrift des Ausstellers oder Fälschung ihres Inhaltes[3], Mangel der Geschäftsfähigkeit, des Verpflichtungswillens, Zwang, Irrthum, Betrug, Mangel der staatlichen Genehmigung, Kraftloserklärung).

b. Einreden, die sich aus der Urkunde ergeben. Solche können aus den näheren Bestimmungen der Leistung durch Bedingungen und Zeitbestimmungen hervorgehen. Der Aussteller kann sich bestimmte Einreden in der Urkunde vorbehalten oder sich durch Angabe des

[1] Ueber Kündigung vgl. Mecklenburg-Schwer. AV. z. BGB., § 44. Mecklenb.-Strelitz. AV. z. BGB., § 43. Braunschwg. AG. z. BGB., § 26.

[2] WO., Art. 39.

[3] Verabredungswidrige Ausfüllung eines vom Aussteller vollzogenen Blanketts durch den Erwerber desselben ist keine solche Fälschung. ROHG. VII. Nr. 55. RG. II. S. 97. XXIII. S. 110.

Digitized by Google

Schuldgrundes alle oder gewisse aus diesem hergeleitete Einreden erhalten haben. Ob und wieweit die Angabe des Schuldgrundes diese Bedeutung hat, ist Auslegungsfrage (vgl. 784). Zu den Einreden dieser Art gehört auch die Berufung des Ausstellers auf die accessorische Natur der Zinsscheine gegenüber der Hauptschuldverschreibung auf den Inhaber (796).

c. Die Einreden unter a. b. stehen gegen jeden Inhaber zu. Hinzutreten solche, die dem Aussteller gegen den jetzigen Inhaber zustehen. Da jeder Inhaber ein selbständiges Forderungsrecht hat, so sind Einreden aus dem Verhältniß des Ausstellers zu den früheren Inhabern nicht gegen den jetzigen verwendbar, sondern nur die aus dem Verhältniß zum jetzigen Inhaber herzuleitenden, z. B. Einrede der Aufrechnung, der Arglist des Inhabers, der nur zum Zwecke, um dem Aussteller eine Einrede gegen den Vormann abzuschneiden, erworben hat, der Arglist gegen Den, der zwar in eigenem Namen, aber für fremde (des Vormannes) Rechnung die Forderung erhebt, trotzdem aber die Einreden aus der Person des Vormannes nicht gelten lassen will. Dahin gehören auch die Einreden der Zahlungssperre, der Verjährung, des Ablaufes der Ausschlußfrist (vgl. B. D.).

d. Die Einrede des mangelnden Verfügungsrechtes (exceptio doli) (793).

Das Verfügungsrecht beruht auf dem Eigenthum. Der Inhaber kann durch gültigen Vertrag mit dem Aussteller oder auch, wenn er in gutem Glauben ist, durch Vertrag mit dem nichtberechtigten Inhaber (Dieb), ferner durch Okkupation, Fund, Erbgang, Eigenthümer geworden sein. Das Verfügungsrecht wird auch durch das Pfandrecht und den Nießbrauch am Papier begründet.

Den Mangel des Verfügungsrechtes kann der Aussteller gegen den Inhaber einredeweise geltend machen, und den Aussteller trifft die Beweislast.

B. Der Anspruch des Inhabers ist gesetzlich befristet und unterliegt der Verjährung (801. 802)[1]. Er erlischt nach Ablauf von 30 Jahren nach dem Eintritte der für die Leistung bestimmten Zeit, wenn nicht die Urkunde vor dem Ablaufe dieser Zeit dem Aussteller zur Einlösung vorgelegt wird (Vorlegungsfrist) oder, was dem gleich steht, das Forderungsrecht durch Klage, Widerklage, Aufrechnung, gegen den Aussteller geltend gemacht wird, z. B.

[1] Sachsen-Weimar, AG. z. BGB. § 55.

Digitized by Google

im Falle der Unmöglichkeit oder Aussichtslosigkeit der Vorlegung. Bei Zins-, Renten-, Gewinnantheilscheinen beträgt die Vorlegungsfrist vier Jahre. Die Frist beginnt mit dem Schluß des Jahres, in welchem die für die Leistung bestimmte Zeit eintritt. Der Zahltag wird aus der Urkunde ersichtlich sein, sonst ist der Ausstellungstag derjenige der Fälligkeit. Die Vorlegungsfrist kann nach Beginn und Dauer von dem Aussteller in der Urkunde anders bestimmt werden, also die Frist erweitert oder verkürzt, nicht aber ganz beseitigt werden.

Die Vorlegungsfrist ist Ausschlußfrist, doch wird ihr Beginn und Lauf gehemmt durch eine verfügte Zahlungssperre. Die Hemmung beginnt mit dem Antrage auf Zahlungssperre und endigt nach Erledigung des Aufgebotsverfahrens (802)[1].

1. Verstreicht die Vorlegungsfrist ohne Vorlegung, so erlischt das Recht aus dem Papier. Der Aussteller hat daher den Ablauf der Ausschlußfrist, der Inhaber die rechtzeitige Vorlegung zu beweisen.

2. Erfolgt die Vorlegung innerhalb der Vorlegungsfrist, so ist der Anspruch gegen Erlöschen durch Ablauf der Präklusivfrist gesichert. Der Anspruch unterliegt nun aber einer Verjährung in zwei Jahren vom Ablaufe der Vorlegungsfrist an. Eine Abkürzung der Verjährungsfrist und sonstige Erleichterung der Verjährung ist nach 225 zulässig, muß aber in der Urkunde erfolgen. Die Zahlungssperre wirkt wie bei der Vorlegungsfrist hemmend (802). Im Uebrigen steht diese Verjährung unter den allgemeinen Vorschriften.

C. Der Anspruch zur Erhaltung des vollen Gläubigerrechtes. Der Inhaber hat den Anspruch (798) gegen den Aussteller auf Ertheilung einer neuen Schuldverschreibung auf den Inhaber gegen Aushändigung der alten, wenn letztere zwar so beschädigt oder verunstaltet ist, daß ihre Umlaufsfähigkeit aufgehoben ist, aber ihre Unterscheidungsmerkmale noch mit Sicherheit erkennbar sind. Ist die Erkennbarkeit aufgehoben, so ist die Urkunde als vernichtet zu betrachten (799. 804)[2]. Die Verpflichtung folgt aus dem an jeden Inhaber gerichteten Versprechen, womit die Umlaufsmöglichkeit zugesichert ist. Der Inhaber hat die Kosten zu tragen, eventuell vorzuschießen. Ertheilung und Aushändigung erfolgen Zug um Zug.

---

[1] Ueber die Endigung der Hemmung, wenn vor der Einleitung des Aufgebotsverfahrens die Zahlungssperre verfügt ist, vgl. 802.

[2] Sachsen-Weim. AG. z. BGB., § 56.

Digitized by Google

D. Ansprüche zur Wiederherstellung des Gläubigerrechtes. Kommt dem Inhaber der Urkunde diese abhanden (Diebstahl, Verlust) oder wird sie vernichtet, so verliert der Inhaber sein Forderungsrecht. Das tritt auch ein, wenn in der Urkunde die Zulässigkeit der Kraftloserklärung durch den Aussteller ausgeschlossen ist, ferner bei Zins-, Renten- und Gewinnantheilsscheinen[1] und bei auf Sicht lautenden unverzinslichen Schuldverschreibungen[2] (799, Abs. 1) und den Karten und Marken 2c. (807)[3].

1. In anderen Fällen dagegen ist dem letzten Inhaber[4] und auch dem Aussteller, dem das Papier nach Ausstellung bez. nach Rückerlangung abhanden gekommen ist, das Recht gegeben, die Kraftloserklärung der Urkunde im Wege des Aufgebotsverfahrens durch amtsgerichtliches Ausschlußurtheil[5] zu bewirken. Die Kraftloserklärung setzt voraus, daß sich Niemand, spätestens im Aufgebotstermine, gemeldet hat. Mit dem Ausschlußurtheil erreicht der Inhaber, daß er nach CPO. § 1018 den Anspruch aus der Urkunde geltend machen, aber auch nach dem BGB. an Stelle der für kraftlos erklärten Ertheilung einer neuen Schuldverschreibung auf den Inhaber auf seine Kosten oder gegen Kostenvorschuß verlangen kann. Die letztere Pflicht des Ausstellers ist nicht davon abhängig, daß die Leistung noch nicht fällig ist. Der Dritte, der sich nicht spätestens im Aufgebotstermine meldet, und jeder weitere Erwerber verliert seine Rechte aus dem Papier. Der Dritte, der seine Rechte aus dem Papier rechtzeitig anmeldet und die Berechtigung des Antragstellers bestreitet, erreicht nach CPO. § 953 entweder Aussetzung des Aufgebotsverfahrens bis zur endgültigen Entscheidung über das Recht des Inhabers (Antragstellers) oder den Vorbehalt seines Rechtes im Urtheile. Die auf Grund des Ausschlußurtheiles von dem Verpflichteten gemachten Leistungen bleiben Dritten, auch dem Anfechtungskläger gegenüber, in Kraft, wenn in Folge Anfechtung das Urtheil aufgehoben wird,

---

[1] Vgl. aber 804. Ueber die Erneuerungsscheine (Talons) vgl. aber 805.

[2] Reichsbankgesetz v. 14. März 1875, § 4 (Banknoten).

[3] Landesgesetzliche Vorschriften über die Kraftloserklärung und Zahlungssperre bleiben nach EG., Art. 102, Abs. 1, in Kraft, auch bez. der Karten, Marken 2c. in 807. Vgl. Oldenb. AG. z. BGB., § 4. 5. Bayer. AG. z. BGB., Art. 54. Sachs.-Altenburg. AB. z. BGB., § 33. Sachs.-Weim. AG. z. BGB., §§ 57—73.

[4] Schollmeyer, a. a. O., S. 94, giebt das Recht dem „rechtmäßigen" letzten Inhaber. Vergl. aber CPO., §§ 1004. 1007.

[5] CPO., §§ 946 ff. 1004 ff.

Digitized by Google

vorausgesetzt, daß der Aussteller bei der Leistung keine Kenntniß von der Aufhebung hatte. Die Kenntniß muß ihm bewiesen werden.

2. Neben der Einleitung des Aufgebotsverfahrens kann der letzte Inhaber die gerichtliche Zahlungssperre nach CPO. § 1019 gegen den Aussteller beantragen. Fehlt es für die Einleitung des Aufgebotsverfahrens nur an dem Erforderniß der CPO. § 1015, Satz 2[1], so ist der Antrag auf Zahlungssperre schon vor Einleitung des Aufgebotsverfahrens zulässig (CPO. § 1020). Jede verbotwidrige Leistung ist dem Antragsteller gegenüber nichtig.

Zur Begründung der Anträge auf Aufgebot und Zahlungssperre muß der letzte Inhaber gewisse Umstände, über die ihm nur der Aussteller zuverlässige Auskunft und Zeugnisse geben kann, angeben und glaubhaft machen (vgl. CPO. §§ 1007. 1010 ff.). Der Aussteller ist deshalb nach 799, Abs. 2, verpflichtet, auf Kosten des Inhabers oder nach Kostenvorschuß seitens desselben diese Auskunft und diese Zeugnisse zu ertheilen.

3. Zins-, Renten- und Gewinnantheilscheine sind nicht amortisirbar, wenn sie abhanden gekommen oder vernichtet sind. Auch hier hat der Inhaber Mittel zur Wiederherstellung des verlorenen Gläubigerrechtes. Er muß den Verlust vor Ablauf der Vorlegungsfrist (801, Abs. 2) dem Aussteller anzeigen (132, Abs. 1) und kann dann nach Ablauf der Frist die Leistung von dem Aussteller verlangen; denn wenn innerhalb der Vorlegungsfrist keine Vorlegung des Zinsscheines erfolgt, so ist jeder Anspruch auf den Zins erloschen. Der bisherige Inhaber wird also die rechtzeitige Anzeige und den eingetretenen Verlust zu beweisen haben. Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn innerhalb der Frist eine Vorlegung oder gerichtliche Geltendmachung gegenüber dem Aussteller erfolgt ist. Der Aussteller hat den Beweis der Vorlegung ꝛc. zu führen, nicht aber den der Einlösung; sonst wäre der Aussteller genöthigt, sich bei jedem Zinsscheine den Beweis der Zahlung zu sichern und bis zum Ablaufe der vierjährigen Verjährungsfrist aufzubewahren. Mit der Vorlegung ist der Nachweis erbracht, daß der Schein vorhanden ist. Der frühere Inhaber kann sein Recht gegen den Präsentanten durchführen und die Einlösung durch einstweilige Verfügung verhindern; vom Aussteller kann er Zahlung nur verlangen, wenn er beweist, daß die Vorlegung ꝛc. erst nach dem Ablauf der Vor-

1 Deshalb ist auch die vorläufige Zahlungssperre bei den auf Sicht zahlbaren unverzinslichen Schuldverschreibungen unzulässig.

Digitized by Google

legungsfrist erfolgt ist. Der Anspruch verjährt in vier Jahren von Ablauf der Vorlegungsfrist an. Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn das in den Zinsscheinen ꝛc. selbst gesagt ist (804, EG. Art. 100)[1].

VI. Da das Gläubigerrecht an die Innehabung der Urkunde geknüpft, die Verfolgung des Eigenthumes an Inhaberpapieren aber eine sehr prekäre ist (935), so bietet die Umlaufsfähigkeit Gefahren (z. B. für Vormünder, Depositalbehörden ꝛc.); da weiter das Interesse des Gläubigers an der Umlaufsfähigkeit häufig ein geringes ist, so kannte schon das bisherige Recht Mittel, die rechtliche Natur des Inhaberpapieres gänzlich oder theilweis zu verändern, um diese Gefahr abzuschneiden, nämlich

1. die Außerkurssetzung, bei welcher durch einen Vermerk des Inhabers selbst oder auf seinen Antrag durch einen Vermerk einer Behörde auf dem Papiere dieses als einer bestimmten Person gehörig bezeichnet wird, oder

2. die Vinkulirung, welche sich als eine vom Inhaber auf das Papier gesetzte Erklärung dahin darstellt, daß das Papier als Kaution (Amtskaution) dienen solle und auch die Wirkung hat, daß die Vorschriften über Inhaberpapiere keine Anwendung finden (Bayern), oder

3. Die Umschreibung auf den Namen.

Das BGB. kennt die Umschreibung auf den Namen[2] eines bestimmten Berechtigten durch den Aussteller mit Einverständniß des Inhabers. Neuausstellung des Namenspapieres ist nicht erforderlich, sondern nur Umschreibung des alten Inhaberpapieres auf den bestimmten Berechtigten. Verpflichtet ist dagegen gesetzlich der Aussteller zur Umschreibung nicht (806)[3] und auch nicht zur Stellung des Papieres auf den Inhaber nach Umschreibung.

[1] Gehen Erneuerungsscheine verloren, so bedarf es einer Kraftloserklärung nicht. Es genügt nach 805 die Anzeige vom Verlust (182, Abs. 1) an den Aussteller, worin der Widerspruch gegen die Aushändigung an den Inhaber des alten Talon liegt. Sachs.-Weim., AG. z. BGB., § 56. Braunschweig, AG. z. BGB., § 27.

[2] Die Außerkurssetzung ist unzulässig. Eine vor dem Inkrafttreten des BGB. erfolgte Außerkurssetzung verliert mit dem Inkrafttreten ihre Wirkung. EG., Art. 176. Sächs. AV. z. BGB. § 12.

[3] Vgl. aber Vorbehalt für das Landesrecht. EG., Art. 101. Mecklenburg-Schwerin. AV. zum BGB., §§ 45—48. Mecklenb.-Strel. AV. z. BGB., §§ 44—47. Preuß. AG. z. BGB., Art. 18. Bayer. AG. z. BGB. Art. 49—57. Sachs.-Altenb. AG. z. BGB., §§ 34—35. Hess. AG. z. BGB., Art. 68—70. Württemberg. AG. z. BGB., Art. 181. 182.

Digitized by Google

VII. Die hinkenden Inhaberpapiere oder qualifizirten Legitimationspapiere (808).

Die Besonderheit liegt auch hier in dem Willen des Ausstellers. Zunächst ist dieser darauf gerichtet, daß er nur einer bestimmten im Papier benannten Person zur Leistung verpflichtet, aber auch dem Inhaber des Papieres zu leisten berechtigt sein will, ohne sich in eine Prüfung der Legitimation desselben einlassen zu müssen. Der Aussteller ist also nicht verpflichtet, an den Inhaber des Papieres zu leisten, sondern er kann die nach der Natur des Papieres nothwendige Legitimation verlangen.

Das Papier kann Namens-(Order- oder Rekta-)Papier sein. Es braucht auch zu den Werthpapieren nicht zu gehören, wenn der Besitz des Papieres überhaupt nicht Voraussetzung der Geltendmachung des in demselben verbrieften Rechtes ist, der Inhaber also nach Verlust des Papieres, auch ohne daß das Papier für kraftlos erklärt ist, die Leistung verlangen kann, z. B. Garderobemarken.

Zu den Legitimations-, Rektapapieren gehören die Depotscheine der Reichsbank, Sparkassenbücher, die auf den Namen lauten, wenn die Kasse sich die Zahlung an jeden Präsentanten vorbehalten hat, öfter auch die Leihhauspfandscheine und die Versicherungspolicen auf den Inhaber[1].

A. Der Schuldner ist nur gegen Vorlegung und Aushändigung der Urkunde zu leisten verpflichtet; denn wenn auch der Schuldner nicht an eine Prüfung der Berichtigung des Inhabers gebunden sein will, so will er doch keineswegs auf die Vorlegung der Urkunde verzichten, die ihm eben einen Anhaltspunkt für die Berechtigung giebt.

B. Daraus folgt, daß, wenn die Urkunde verlorengegangen ist, die Kraftloserklärung wie bei Inhaberpapieren zu erfolgen hat[2], also im Wege des Aufgebotsverfahrens. Erfolgt ein Ausschlußurtheil, so ist der Schuldner wie bisher zwar berechtigt, an den letzten Inhaber, der es erwirkt hat, zu leisten, aber nicht verpflichtet; er kann den anderweiten Beweis des Gläubigerrechtes verlangen. Die Kraftloserklärung kann in der Urkunde selbst wie auch in Reglements oder nach der Natur des Verhältnisses ausgeschlossen sein.

[1] ROHG. II, 307; III, 339.

[2] Vorbehalt für die Landesgesetzgebung: EG., Art. 102, Abs. 2, die ein anderes als das Aufgebotsverfahren bestimmen kann. Hess. AG. z. BGB., Art. 71. Württemb. AG. z. BGB., Art. 188. 189. Sächs. AG. z. BGB., § 5. Bayer. AG. z. BGB., Art. 109 ff.

Digitized by Google

C. Die Verjährung des Anspruches des Gläubigers ist die für den Anspruch aus allgemeinen Grundsätzen sich ergebende. Die Zahlungssperre hemmt gemäß 802 den Beginn und Lauf dieser Verjährung.

D. Da der Schuldner die Leistung dem Inhaber gegenüber ablehnen kann und diesem so den Beweis des Gläubigerrechtes zuschiebt, so wird man annehmen müssen, daß der Schuldner an den Inhaber nicht zahlen darf, wenn er weiß oder wegen eigener grober Fahrlässigkeit nicht weiß, daß der Inhaber nicht berechtigt ist. Er wird dann dem wahren Gläubiger gegenüber nicht befreit. Nur eine eingehende Prüfung der Berechtigung ist dem Schuldner nicht zuzumuthen[1].

---

8. Kapitel.

Rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse.

§ 138.

Die Geschäftsführung ohne Auftrag[2].

Das BGB. regelt zwei Arten der Geschäftsführung ohne Auftrag (negotiorum gestio)[2]: die stellvertretende oder echte, d. h. die Besorgung fremder Geschäfte auf fremde Rechnung, also die für den Geschäftsherrn unternommene (I.) und die unechte Geschäfts-

[1] Oertmann, S. 607. A. M. Cosack II, S. 331.

[2] Materialien: M. II. S. 854 ff. P. II. S. 725 f.; VI. S. 190 f.

Litteratur: 1889: Gierke, Der Entwurf, S. 274 ff. 1890: Hartmann, GA., S. 338 ff. Reinhold, Gruch. Beitr., Bd. 34, S. 594 ff. 1891: Jacoby, Annalen d. d. Reichs, S. 105. 1892: Bähr, Gegenentwurf, S. 115 ff. Jakubezky, Bemerkungen, S. 179 f. 1894: Grützmann, Sächs. Archiv, Bd. 4, S. 336 ff. 1897: Sturm, Die Lehre von der Geschäftsführung ohne Auftrag nach dem BGB. Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse, § 12. Bunsen I, § 82. 1898: Weyl I, § 117. Leske, § 85. 1899: Kuhlenbeck, Von den Pandekten ꝛc. II, § 52. Krückmann, § 23. v. Buchka, § 19. Cosack I, § 155. Endemann I, § 178. Tränkner, Sächs. Arch., Bd. 9, S. 176 ff. Schepp, Das öff. R. im BGB. S. 58.

[3] Die vom BGB. aufgestellten Normen finden außerdem Anwendung in 450. 547. 601. 904. 1049. 1216. 1978. 2125.

Digitized by Google

führung ohne Auftrag, d. h. die auf eigene Rechnung, also die vom Geschäftsführer *für sich* unternommene Führung fremder Geschäfte.

I. *Die stellvertretende, echte Geschäftsführung ohne Auftrag.*

A. *Die Voraussetzungen der Geschäftsführung ohne Auftrag* (677):

1. Unter Geschäft ist nicht nur Rechtsgeschäft, sondern auch thatsächliche Verrichtung wie beim Antrag zu verstehen. Es kann *ein* Geschäft oder eine Mehrheit von Geschäften vorliegen.

2. Der Geschäftsführer muß das Geschäft *für den Andern* besorgt haben. Es wird verlangt, daß der Geschäftsführer seinen Willen kundgegeben hat, das Interesse des Andern vertreten zu wollen. Es genügt nicht die an sich schwer feststellbare objektive Fremdheit des Geschäftes. Damit ist auch verlangt, daß der Geschäftsführer den Willen und das Bewußtsein gehabt hat, für den Andern zu handeln. Dieser Wille ergiebt sich zumeist schon aus dem Eingriff, in dem Bewußtsein, daß die Angelegenheit fremdem Interessenkreise angehört. Es scheiden daher aus die Fälle, in denen Jemand, irrthümlich eine fremde Angelegenheit für eine eigene haltend, thätig wird, wie diejenigen, in denen der Geschäftsführer das Bewußtsein der Fremdheit hat, aber im eigenen Interesse eingreift (II.).

Das Geschäft muß für einen *Anderen* besorgt sein, d. h. nicht etwa für einen individuell bestimmten Geschäftsherrn, sondern es genügt Besorgung für Denjenigen, den es angeht. Der Irrthum in der Person des Geschäftsherrn ist also insofern gleichgültig (686). Gegen den blos vermeinten Geschäftsherrn erwirbt der Geschäftsführer keine Ansprüche. Der Wille, für einen Anderen das Geschäft zu besorgen, fehlt Demjenigen, der *lediglich* den Auftrag eines Dritten erfüllt. Der Auftrag des Dritten schließt aber an sich nicht aus, daß der Geschäftsführer nicht auch für den Anderen handelte. Gleichgültig bleibt das Motiv des Willens des Geschäftsführers. Er kann auch durch Rücksichten auf sein eigenes[1] oder auf das Interesse weiterer Dritter zum Eingreifen bewogen sein.

3. Die Geschäftsführung muß eine *auftraglose* sein, d. h. der Geschäftsführer darf nicht auf Grund eines *Auftrages* des

[1] Liegt ein Gemeinschaftsverhältniß zwischen dem Geschäftsführer und dem Anderen vor, so entscheiden die Grundsätze der Gemeinschaft.

Digitized by Google

Anderen oder auf Grund eines mit dem Anderen geschlossenen Dienst- oder Werkvertrages oder als Vormund oder sonstiger gesetzlicher Vertreter des Anderen zur Geschäftsbesorgung berechtigt sein[1].

Geschäftsführung ohne Auftrag liegt aber auch dann vor, wenn der Geschäftsführer irrthümlich ein Verpflichtungsverhältniß annimmt.

B. Die Geschäftsführung ohne Auftrag erzeugt zunächst Verpflichtungen des Geschäftsführers (677—682).

1. Der Geschäftsführer hat das Geschäft so zu führen, wie das Interesse des Geschäftsherrn mit Rücksicht auf dessen wirklichen oder muthmaßlichen Willen es erfordert. Das Interesse des Geschäftsherrn ist also nicht nach objektiven Gesichtspunkten zu ermitteln, sondern aus den Intentionen des Geschäftsherrn selbst (subjektives Prinzip)[2]. Die Geschäftsführung ohne Auftrag ruht demnach auf dem doppelten Grunde der Nützlichkeit im allgemeinen Interesse, d. h. der wirthschaftlichen Vernünftigkeit, daß die Geschäfte Abwesender geführt werden, und der Nützlichkeit für den Einzelnen, den Behinderten. Die Durchführung des ersten Gedankens allein würde zu einer unbilligen Beeinträchtigung des Sonderinteresses des Geschäftsherrn führen. Der Geschäftsführer hat daher bei der Prüfung, ob und wie er in die Geschäfte eines Anderen eingreift, den wirklichen oder muthmaßlichen Willen des Andern zu berücksichtigen. Er muß so handeln, wie er annehmen konnte und mußte, daß der Geschäftsherr gehandelt haben würde. Entspricht die Handlungsweise des Geschäftsführers dem wirklich vorhandenen Willen des Geschäftsherrn nicht, so genügt es doch, wenn der Geschäftsführer nach Lage des Falles den Willen annehmen durfte und mußte. Bei dieser Prüfung hat der Geschäftsführer alle Sorgfalt zu üben[3]. Mischt sich der Geschäftsführer ein, obwohl ein Beauftragter oder gesetzlicher Vertreter vorhanden ist, so liegt darin nicht nothwendig ein Handeln gegen den Willen des Geschäftsherrn. Ist der Geschäftsherr geschäftsunfähig, so hat der Geschäftsführer bei der Prüfung auf den gesetzlichen Vertreter und dessen Geschäftsführung zu sehen. In dem Abstehen von der begonnenen Geschäftsführung kann eine Verletzung der nothwendigen Sorgfalt liegen. Eine Verpflichtung zur Fortführung

[1] Die Besorgung der Geschäfte kraft Amtes schließt die Geschäftsführung ohne Auftrag schon deshalb aus, weil ein privatrechtliches Verhältniß zwischen dem Beamten und dem Geschäftsherrn überhaupt nicht besteht.

[2] A. M. Oertmann, S. 415.

[3] Anders Neumann, S. 315. II. 3. 3.

Digitized by Google

der Geschäfte besteht aber insofern nicht, als eine Klage zur Fortführung ausgeschlossen ist.

Aus Gründen des Gemeinwohles ist dieses Prinzip der Geschäftsführung ohne Auftrag verlassen und der Geschäftsführer nicht gebunden, sich an den Willen des Geschäftsherrn zu halten, wenn ohne sein Eingreifen eine Pflicht des Geschäftsherrn, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt (vgl. actio funeraria) oder eine gesetzliche Unterhaltspflicht des Geschäftsherrn überhaupt nicht oder doch nicht rechtzeitig erfüllt werden würde. Das Eingreifen ist hier objektiv gerechtfertigt, und das genügt. Eine Ausdehnung dieser Bestimmung in 679 auf andere Pflichten, z. B. auf alle sittlichen Pflichten, ist unzulässig.

Nicht alle Sorgfalt, sondern nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit hat der Geschäftsführer zu vertreten, wenn sein Eingriff die Abwehr einer dem Geschäftsherrn selbst, nicht seinen Angehörigen oder seinem Vermögen, drohenden dringenden Gefahr bezweckt. Grobe Fahrlässigkeit würde vorliegen, wenn der Geschäftsführer intervenirt, obwohl er sich sagen muß, daß der Geschäftsherr sich lieber der Gefahr unterworfen, als überhaupt oder doch in der vom Geschäftsführer geplanten Weise eingegriffen haben würde. Das subjektive Prinzip tritt hier gegen das objektive etwas zurück, ist aber nicht aufgegeben (680).

2. Der Geschäftsführer, der die Geschäftsführung übernommen hat, hat, sobald es thunlich ist, dem Geschäftsherrn die Uebernahme anzuzeigen. Er hat die Weisungen des Geschäftsherrn abzuwarten, wenn nicht Gefahr im Aufschube liegt. Er hat wie ein Beauftragter (666—668) Nachricht zu geben, Auskunft zu ertheilen, Rechnung zu legen, Das, was er zum Zwecke der Geschäftsbesorgung an sich genommen und durch diese erlangt hat, herauszugeben und für sich verwendetes Geld zu verzinsen. Diese Pflichten folgen schon aus dem Grundprinzip der Geschäftsführung ohne Auftrag (681). Der Anspruch auf Herausgabe ist ausgeschlossen, wenn der Geschäftsherr die Genehmigung versagt. Die Rechnungslegung dagegen kann auch ohne Genehmigung vom Herrn verlangt werden.

3. Der Geschäftsführer hat allen Schaden zu ersetzen, der aus seiner Pflichtverletzung dem Geschäftsherrn erwächst. Das gilt insbesondere, wenn der Geschäftsführer bei der Prüfung des Willens des Geschäftsherrn fahrlässig verfuhr und sich einmischte, oder wenn er trotz des ihm bekannten entgegenstehenden Willens des Geschäftsherrn die Geschäftsführung übernahm. In der Uebernahme liegt

Digitized by Google

hier die Verschuldung des Geschäftsführers, und er wird von der Schadensersatzpflicht in solchen Fällen nicht frei, wenn ihn auch in der Führung der Geschäfte ein Verschulden nicht trifft (678).

4. Der geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Geschäftsführer kann die in der Geschäftsführung liegende Rechtshandlung nicht vornehmen. Er kann daher wegen Schadensersatz nur aus dem Gesichtspunkte der unerlaubten Handlungen, wegen der Herausgabe nur wegen ungerechtfertigter Bereicherung haften (682).

5. Die Verpflichtungen des Geschäftsführers gehen unverändert auf die Erben über.

C. Die Verpflichtung des Geschäftsherrn. Die Verpflichtung des Geschäftsherrn kann bestehen in dem Ersatz der Aufwendungen des Geschäftsführers in dem Umfange, wie er dem Beauftragten zu leisten ist (670), oder nur in der Herausgabe Dessen, was er durch die Geschäftsführung erlangt hat, nach den Grundsätzen über die Herausgabe ungerechtfertigter Bereicherung. Beide Ansprüche fallen fort, wenn der Geschäftsführer nicht in der Absicht gehandelt hat, den Geschäftsherrn in Anspruch zu nehmen[1]. Der Geschäftsherr hätte zu beweisen, daß der Geschäftsführer die Absicht nicht gehabt hat (685, Abs. 1). Anders liegt es mit der Beweislast nach allgemeinen Grundsätzen, wenn der Geschäftsführer zugleich im Auftrage eines Dritten thätig wurde, und auch, wenn Eltern oder Voreltern ihren Abkömmlingen oder diese jenen Unterhalt gewähren (685, Abs. 2, vgl. 1429. 1618). In diesem Falle wird der animus recipiendi nicht angenommen, ist also vom Geschäftsführer zu beweisen[2].

1. Die Pflicht zum Aufwendungsersatz ist begründet:

a. wenn der Geschäftsherr die Geschäftsführung genehmigt und soweit er sie genehmigt (184). Soweit die Genehmigung nicht reicht, ist nur der Anspruch zu Z. 2 begründet (684);

b. von der Genehmigung abgesehen dann, wenn eine nützliche Geschäftsführung vorliegt. Nützlich braucht aber nur die Uebernahme, nicht die Ausführung des übernommenen Geschäftes zu sein. Die Uebernahme der Geschäftsführung ist aber gemäß dem Grundprinzip nur dann eine nützliche, wenn sie dem Interesse

[1] Nicht in allen Fällen, in denen dieser Willen, den Geschäftsherrn zu verpflichten, fehlt, liegt Schenkung vor, z. B. es zahlt Jemand das Lösegeld für Einen, der unter die Räuber gefallen ist.

[2] Belanglos für die Verpflichtung des Geschäftsführers ist die Absicht, Ersatz verlangen zu wollen.

Digitized by Google

und dem wirklichen oder muthmaßlichen Willen des Geschäftsherrn entsprach. Es muß ein Interesse vorliegen, nicht bloß ein solches vom Geschäftsführer irrthümlich, wenngleich entschuldbarerweise angenommenes, und die Uebernahme der Geschäftsführung muß mit dem wirklichen oder muthmaßlichen Willen des Geschäftsherrn übereinstimmen. Diese Uebereinstimmung wird nicht ersetzt durch die entschuldbar irrthümliche Annahme der Uebereinstimmung[1]. Bei der Prüfung der Existenz des Interesses und der Uebereinstimmung sind also alle Umstände zu berücksichtigen, auch solche, die dem Geschäftsführer entschuldbarerweise unbekannt geblieben waren. Entspricht die Uebernahme der Geschäftsführung diesen Anforderungen, so kommt es bei der Art und Weise der Führung des übernommenen Geschäftes nicht auf die Uebereinstimmung an. Es wird demnach zu unterscheiden sein, ob Uebernahme eines neuen oder Ausführung eines übernommenen Geschäftes vorliegt. Letzteres liegt vor, solange sich der Geschäftsführer im Rahmen der gerechtfertigten Uebernahme hält. Solange der Geschäftsführer bei der Ausführung die gehörige Sorgfalt anwendete, ist es für die Verpflichtung des Herrn zum Schadensersatz demnach gleichgültig, ob die Geschäftsführung für den Geschäftsherrn günstigen oder ungünstigen Erfolg gehabt hat. Der Geschäftsherr steht wie ein Auftraggeber bei allgemeinem Auftrage, der Geschäftsführer wie ein Beauftragter da, wenn auch ein Auftragsverhältniß nicht vorliegt und nicht fingirt werden darf. Auch bei der Uebernahme kommt es auf den wirklichen Willen des Geschäftsführers nicht an, wenn es sich um die Fälle in 679 handelt. Der Ersatzanspruch des Geschäftsführers ist demnach in diesem Falle begründet, selbst wenn die Uebernahme mit dem Willen des Geschäftsherrn in Widerspruch stand (683).

Die Geschäftsunfähigkeit oder die beschränkte Geschäftsfähigkeit des Geschäftsherrn hat nicht die Folge einer Beschränkung der Verpflichtung auf die Bereicherung (Z. 2), sondern der Geschäftsherr haftet im vollen Umfange. Die Gefahr für den Geschäftsherrn ist dadurch gemildert, daß meistens ein Vormund oder gesetzlicher Vertreter da sein und eine Uebernahme der Geschäftsführung neben dem Vormund selten im Interesse des Geschäftsunfähigen liegen wird. Freilich kommt es hier auf die Uebereinstimmung der Uebernahme mit dem Willen des gesetzlichen Vertreters an.

---

[1] Anders liegt es bei der Verpflichtung des Geschäftsführers (678).

Digitized by Google

2. Die Pflicht zur Herausgabe der Bereicherung.

Dieser Anspruch ist dann begründet, wenn eine nützlich übernommene Geschäftsführung nicht vorliegt und diese unnützliche Geschäftsführung nicht genehmigt ist (684).

II. Die unechte Geschäftsführung ohne Auftrag.

Die Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag finden keine Anwendung, wenn Jemand irrthümlich ein (objektiv) fremdes Geschäft als eigenes besorgt. Es fehlt an dem Willen des Geschäftsführers, ein fremdes Interesse zu vertreten, und demgemäß auch an dem Willen, der auf Ersatz gerichtet ist. Eine einseitige Genehmigung des Geschäftsherrn vermag das nicht zu ändern. Der Zweifel über die Fremdheit schließt die echte Geschäftsführung ohne Auftrag nicht aus. Es kann je nach Lage des Falles nur von einem Bereicherungsanspruch der Parteien gegeneinander oder einem Anspruch aus 823 des Geschäftsherrn gegen den Geschäftsführer die Rede sein, der Fahrlässigkeit voraussetzen würde.

Wer dagegen wissentlich in ein fremdes Interesse sich einmischt und ein fremdes Geschäft als eigenes, im eigenen Interesse besorgt, handelt in rechtswidriger Absicht, begeht eine unerlaubte Handlung und haftet deshalb auf vollen Schadensersatz. An sich liegt eine Geschäftsführung auch hier nicht vor, weil der Eingreifende nicht die Absicht hat und offenbart, das Geschäft als fremdes in fremdem Interesse zu führen. Trotzdem darf der Geschäftsherr den Eingreifenden als Geschäftsführer in Anspruch nehmen (677. 678. 681. 682). Diese Position ist für den Herrn in gewisser Beziehung günstiger, z. B. er hat nicht die Voraussetzungen der unerlaubten Handlung nachzuweisen, der Anspruch unterliegt nicht der Verjährung nach 852. Macht der Geschäftsherr diese Ansprüche geltend, so ist er dem Geschäftsführer zur Herausgabe nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung verpflichtet (684, Satz 1)[1].

§ 139.

Die Gemeinschaft[2].

I. Die Natur der Rechtsgemeinschaft (741. 742).

Jede Rechtsgemeinschaft ist eine Gemeinschaft nach Bruchtheilen, soweit sie nicht im Gesetze anders geregelt ist, wie z. B. die Rechts-

[1] Vgl. dazu Oertmann, S. 424.

[2] Materialien: M. II. S. 873 ff. | P. II. S. 743 ff.; VI. S. 504. 759. D. S. 88 ff. BRR., S. 96 ff. Be-

Digitized by Google

gemeinschaft durch Gesellschaft (Bd. I, § 128), die Gütergemeinschaft (Bd. II, §§ 91 ff.), die Gemeinschaft unter den Miterben (Bd. II, §§ 167. 168). Durch Vertrag kann die Rechtsgemeinschaft nicht anders als wie im Gesetze geregelt werden.

Die Gemeinschaft nach Bruchtheilen kann an den verschiedensten Rechten bestehen, nicht blos am Eigenthum (Miteigenthum), für welches außerdem besondere Bestimmungen gelten (Bd. II, § 36). Nach der Rechtsvermuthung in 742 sind die Antheile der Theilhaber gleiche. Die Antheile beziehen sich nicht auf den Gegenstand des gemeinschaftlichen Rechtes, sondern auf das Recht selbst.

II. Die Rechte und Pflichten der Theilhaber.

A. Jeder Theilhaber hat Anspruch auf einen seinem Antheile entsprechenden Theil der Früchte, und er ist zum Gebrauche des gemeinschaftlichen Gegenstandes insoweit befugt, als nicht der Mitgebrauch der übrigen Theilhaber beeinträchtigt wird (743, vgl. 866).

B. Die Verwaltung des gemeinschaftlichen Gegenstandes ist eine gemeinschaftliche. Es ist also positive Uebereinstimmung aller Theilhaber erforderlich (Prinzip der gesammten Hand). Wird einem Theilhaber die Verwaltung übertragen, so liegt ein Auftrags- oder sonstiges Verhältniß vor. Das Prinzip ist aber durchbrochen (744, Abs. 1):

1. Jeder Theilhaber kann zu Maßregeln, die zur Erhaltung nothwendig sind, ohne Zustimmung der Theilhaber schreiten, und er kann auf vorherige Ertheilung der Zustimmung klagen (744, Abs. 2, CPO. § 894).

2. Die nach der Größe der Antheile zu bestimmende absolute Majorität der Theilhaber kann über Verwaltung und Benutzung

---

gründung der Nov. z. KO., S. 237. BRK. z. Nov. z. KO., S. 291.

Litteratur: 1888: Diez, Zur Lehre v. Miteigenthum, S. 66. 1889: Gierke, Der Entw., S. 90. 275 ff. Derselbe, Die sociale Aufgabe des Priv.-R. (Vortr.), S. 42. Derselbe, Beitr., H. 18, S. 55 ff. 119. Planck, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 75, S. 338 ff. Rümelin, G., Jahrb. f. Dogm., Bd. 28, S. 463 ff. Jur. Tag 20, Bd. 4, S. 34 ff. 1890: Boyens, GA., S. 1027. 1038. Hartmann, GA., S. 342 ff. 351 f. Stolterfoth, Beiträge, S. 52. 1891: Jacoby, Annalen d. d. Reichs, S. 106. 1892: Bähr, Gegenentwurf, S. 141 ff. Jakubezky, Bemerkungen, S. 181 f. 1894: Grützmann, Sächs. Archiv, Bd. 4, S. 338 ff. 1897: Bunsen I, § 87. Lammfromm, Theilung, Darlehen, Auflage und Umsatzvertrag. 1898: Weyl I, § 121. Leske, § 89. 1899: Kuhlenbeck, Von den Pandekten ꝛc. II, § 66. v. Buchka, § 20. Endemann I, § 182. Cosack II, §§ 264. 271. 272. Tränkner, Sächs. Arch., Bd. 9, S. 184 ff. Wendt, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 89, S. 420 ff. v. Seeler, Das Miteigenthum, S. 1 ff. 73 ff.

Digitized by Google

bestimmen, diese Bestimmung muß aber der Beschaffenheit des Gegenstandes entsprechen und eine ordnungsmäßige sein (745, Abs. 1).

3. Liegt ein Majoritätsbeschluß nicht vor, auch nicht eine Vereinbarung der Theilhaber über Verwaltung und Benutzung, so kann jeder Theilhaber eine dem Interesse aller Theilhaber nach billigem Ermessen entsprechende Verwaltung und Benutzung verlangen, z. B. Verpachtung, wechselnde Benutzung, Ueberlassung an einen Theilhaber gegen Abfindung der übrigen (745, Abs. 2).

4. Die Mehrheit kann keine wesentliche Veränderung des Gegenstandes beschließen (Z. 2), der einzelne Theilhaber kann eine solche nicht verlangen. Hier tritt also das Prinzip ein. Der Mehrheitsbeschluß kann auch nicht das Recht des Theilhabers zu Z. 1 beeinträchtigen. Beeinträchtigt der Mehrheitsbeschluß das Recht des einzelnen Theilhabers auf Früchte und Gebrauch (A.), so bedarf er der Zustimmung des Beeinträchtigten (745, Abs. 3).

5. Die in ihrem Interesse durch einen gültigen Mehrheitsbeschluß beeinträchtigte Minderheit, ebenso jeder durch sonstige gültige Regelung der Verwaltung und Benutzung beeinträchtigte einzelne Theilhaber hat nur das Recht, die Auflösung zu verlangen.

Eine durch Mehrheitsbeschluß, Vereinbarung oder sonst getroffene Regelung könnte durch Veräußerung des Antheiles seitens eines Theilhabers (C.) illusorisch gemacht werden. Daher die Bestimmung, daß solche Regelung auch für und gegen die Sondernachfolger wirkt, also dem Rechtsverhältniß unter den Genossen einen bestimmten und dauernden Inhalt giebt[1] (746, vgl. dagegen 1010 für das Miteigenthum an Grundstücken).

C. Die Verfügung über den Antheil steht jedem Theilhaber frei, soweit nicht Veräußerungsverbote eingreifen (134. 135). Jeder Theilhaber kann selbständig seinen Antheil veräußern, verpfänden. Der Gläubiger des Theilhabers kann den Antheil im Wege der Zwangsvollstreckung pfänden lassen. Ueber den Gegenstand im Ganzen können die Theilhaber nur gemeinschaftlich, rechtlich wie thatsächlich, verfügen, wenn nichts Anderes bestimmt ist (747).

D. Jeder Theilhaber ist den Genossen gegenüber nach Verhältniß seines Antheiles zur Tragung, bez. zum Ersatz der Lasten des gemeinschaftlichen Gegenstandes und der Kosten der Er-

[1] Dertmann, S. 475.

Digitized by Google

haltung, der Verwaltung und gemeinschaftlichen Benutzung verpflichtet (748).

E. Für die Erfüllung aller Verpflichtungen, insbesondere der Pflicht unter D., haftet der Theilhaber für jede Sorgfalt. Der Anspruch auf Erfüllung kann bei der Aufhebung und nach derselben geltend gemacht werden.

III. Die Gemeinschaftstheilung[1].

Jeder Theilhaber kann jederzeit verlangen, daß ihm von dem Werth des gemeinschaftlichen Gegenstandes ein seinem Antheil entsprechender Theil gewährt werde. Diesen Theilungsanspruch nennt das BGB. Anspruch auf Aufhebung der Gemeinschaft. Der Ausdruck Theilungsanspruch ist vermieden, weil die Theilung im engeren Sinne (Naturaltheilung) häufig ausgeschlossen ist.

Das Verhältniß des Theilungsanspruches zur Aufhebung der Gemeinschaft ist dieses, daß die Auflösung der Rechtsgemeinschaft nothwendige Voraussetzung der Theilung, d. h. der Auskehrung des Werthantheiles ist. In der Auflösung der Rechtsgemeinschaft an sich liegt aber das Interesse des Theilhabers nicht und daher auch nicht das Ziel des Theilungsanspruches. Wäre das der Fall, so würde die Theilung nur das Mittel sein, die durch die Auflösung der Gemeinschaft herbeigeführten Schäden wieder auszugleichen. Das würde allerdings der bisher herrschenden Auffassung entsprechen[1]. Man kann sie als die Aequivalentstheorie bezeichnen; denn geschädigt ist der Theilhaber im Falle der Auflösung der Gemeinschaft nur durch den Verlust seines Antheiles; die Theilung hätte nur den Zweck, ihm einen Werth zu schaffen, der dem Werthe des Antheiles entspricht. Da mit dem Werthe des Antheiles keineswegs der dem Antheil des Theilhabers entsprechende Theil des Werthes der ganzen Sache identisch ist, so würde die Theilung nach der herrschenden Auffassung auch dem Interesse des Theilhabers nur unvollkommen gerecht. Endziel des Anspruches des Theilhabers kann aber die Auflösung der Gemeinschaft schon deshalb nicht sein, weil der Theilhaber die Auflösung der Gemeinschaft durch Veräußerung oder Verzicht auf seinen Antheil für seine Person oder überhaupt herbeizuführen in der Lage ist und weil

[1] Diese Grundsätze sind auch anwendbar für andere Arten der Rechtsgemeinschaften: Gesellschaft (731), Erbengemeinschaft (2042), Gütergemeinschaften 1477. 1546. 1549).

[2] Vgl. bes. Geib, Die rechtliche Natur der actio communi dividendo, S. 58: „Aber nicht die Ausgleichung, sondern die Auflösung soll unter allen Umständen erreicht werden."

Digitized by Google

an der Auflösung der Gemeinschaft schlechthin ein Interesse des Theilhabers überhaupt nicht denkbar ist.

A. Der Theilungsanspruch fließt aktiv und passiv aus der Gemeinschaft selbst, steht also den Theilhabern und ihren Rechtsnachfolgern und gegen diese zu. Der Anspruch geht auf Leistung, d. h. auf die näher normirte Mitwirkung bei der Theilung. Dieser Anspruch entspringt aber nicht aus einem Schuldverhältniß, sondern aus der Gemeinschaft selbst. Der Theilhaber, der den Theilungsanspruch erhebt, muß nothwendig auch seinerseits zur Theilung bereit sein, da er sonst von dem Andern etwas verlangen würde, was dieser nicht zu leisten hat. Der Theilungsanspruch kann gegen alle, einige oder einen Theilhaber erhoben werden. Der Theilungsanspruch ist unverjährbar (758).

B. Die Einschränkungen des Theilungsanspruches (749 bis 751).

Der Theilhaber kann sich seines Anspruches niemals für alle Zeit begeben.

Ist unter allen oder einzelnen Theilhabern bezüglich aller oder bez. einzelner gemeinschaftlicher Gegenstände vereinbart worden, daß der Theilungsanspruch auf Zeit oder für immer ausgeschlossen sein solle, so hat solche Vereinbarung nur die Bedeutung, daß die Theilung dann nur aus einem wichtigen Grunde verlangt werden kann. Auch eine vereinbarte Kündigungsfrist braucht bei wichtigem Grunde nicht gewahrt zu werden.

Darüber hinausgehende Vereinbarungen sind nichtig (134). Haben die Theilhaber die Theilung auf Zeit ausgeschlossen, so wird die Vereinbarung im Zweifel mit dem Tode hinfällig. Es kann dann von allen Theilhabern wieder schlechthin Theilung verlangt werden. Soweit eine einschränkende Vereinbarung der Theilhaber über die Dauer der Gemeinschaft diese bindet, wirkt sie auch für und gegen die Sondernachfolger[1]. Der Gläubiger eines Theilhabers, der auf Grund eines nicht blos vorläufig vollstreckbaren Titels den Antheil desselben gepfändet hat, kann aber jederzeit die Theilung verlangen.

C. Die Theilungsvorschriften (752—754).

1. Die Theilhaber können sich im Vertrage über die Theilungsart einigen (Theilungsvertrag). Der Theilungsvertrag kann auch vor Gericht geschlossen werden.

2. Kommt eine Einigung nicht zu Stande, so hat der Theilungs-

[1] Im Konkursfalle eines Theilhabers vgl. KO., §§ 16. 51.

Digitized by Google

anspruch einen ganz bestimmten Inhalt, den er aus den Theilungsvorschriften des Gesetzes entnimmt. Anders im römischen und gemeinen Recht. Hier fehlen den Theilungsanspruch inhaltlich ausfüllende Theilungsvorschriften. Der Klagantrag konnte einen bestimmten Inhalt nicht haben, sondern nur das Begehren der Theilung enthalten. Der Richter hatte demnach die Art der Theilung frei zu bestimmen, wobei das Interesse der Parteien als Richtschnur diente. Weiter hatte er aber auch die von ihm bestimmte Theilungsart zu vollziehen und konnte durch konstitutives Theilungsurtheil nicht nur Rechte an dem gemeinschaftlichen Objekte schaffen und übertragen, sondern auch neue Rechte und Pflichten schaffen. — Nach dem BGB. hat der Kläger im Anschluß an die Theilungsvorschriften wie sonst einen inhaltlich bestimmten Antrag zu stellen, und das Urtheil, das ergeht, ist nicht konstitutiv, sondern bringt nur den Anspruch des Klägers zur Anerkennung und wird wie jedes andere Urtheil vollstreckt. In den Theilungsvorschriften selbst aber hat das BGB. dem Bedürfniß Rechnung getragen, daß die Durchführung der Theilung möglichst der Willkür der einzelnen Theilhaber entrückt werde, anders wie das in hervorragendem Maße im römischen Recht der Fall war (vgl. Z. 3).

3. Die Art der Theilung ist Naturtheilung oder Erlöstheilung. Die letztere ist die praktisch häufigere.

a. Die Naturtheilung (752). Sie ist zulässig, wenn der gemeinschaftliche Gegenstand sich in solche Theile zerlegen läßt, die

α. gleichartig sind unter sich und mit dem ungetheilten Gegenstand,

β. in ihrem Gesammtwerth nicht hinter dem Werthe des gemeinschaftlichen Gegenstandes zurückbleiben („ohne Verminderung des Werthes") und

γ. den Antheilen der Theilhaber entsprechen, d. h. sie sollen in ihrem Werthe sich zu dem Gesammtwerthe des Gegenstandes ebenso verhalten wie der Antheil sich zum Ganzen des ungetheilten Gegenstandes verhält. Die Theile brauchen nicht auch in der Größe den Antheilen zu entsprechen.

Was von einem einzelnen Gegenstande gilt, gilt auch von mehreren gemeinschaftlichen, gleichartigen (α.) Gegenständen. Unter den weiteren Voraussetzungen (β. γ.) kann die Naturtheilung hier so erfolgen, daß dem einen Theilhaber der eine ganze Gegenstand, dem anderen der andere zufällt.

Sind gleiche Theile an die Theilhaber zu vertheilen, so soll das Loos entscheiden.

Digitized by Google

b. Die Erlöstheilung (753).

Auf diese ist der Theilhaber beschränkt, wenn die Naturtheilung ausgeschlossen ist. Die gemeinschaftlichen Gegenstände werden nach den Vorschriften für den Pfandverkauf (1233 ff.), gemeinschaftliche Grundstücke im Wege der Zwangsversteigerung (ZVG. §§ 180 ff.) verkauft, und der Erlös wird nach Verhältniß der Antheile vertheilt.

Wenn die Veräußerung an einen Dritten unstatthaft ist, z. B. durch Anordnung des Erblassers oder Schenkers, so findet die Versteigerung unter den Theilhabern statt.

Bei Erfolglosigkeit des Verkaufes kann jeder Theilhaber die Wiederholung verlangen. Im Falle des Mißlingens trägt er die Kosten.

c. Der Verkauf einer Forderung (754) ist nur zulässig, wenn sie noch nicht eingezogen werden kann. Liegt die Möglichkeit der Einziehung vor, so kann jeder Theilhaber gemeinschaftliche Einziehung verlangen. Ist die ungetheilte Forderung untheilbar, so steht außerdem jedem Theilhaber das Recht, die Leistung an alle Theilhaber zu verlangen, zu (432); ist sie theilbar, die Einziehung aber nur gemeinschaftlich möglich, so steht ihm der Weg in 754 offen. Der Gegenstand der Forderung wird dann gemeinschaftlich, und zur Aufhebung dieser Gemeinschaft tritt Natur- oder Erlöstheilung ein.

D. Der Anspruch auf Auseinandersetzung.

Eine völlige Auseinandersetzung wird durch die Theilung nicht herbeigeführt. Es werden aber berücksichtigt, soweit nicht schon vorher Befriedigung eingetreten ist,

1. Forderungen der Theilhaber, die aus der Gemeinschaft gegen einen Theilhaber erwachsen sind, besonders die Forderung auf antheilmäßigen Ersatz der von einem Theilhaber aufgewendeten Kosten der Lastentragung, Erhaltung, Verwaltung und gemeinschaftlichen Benutzung. Der Theilhabergläubiger kann die Berichtigung aus dem auf den Theilhaberschuldner fallenden Theil des gemeinschaftlichen Gegenstandes verlangen. Der Theilhabergläubiger ist so nicht auf das Zurückbehaltungsrecht beschränkt. Durch Aufrechnung könnte er sich ohnehin nicht helfen. Der Anspruch steht auch zu gegen die Sondernachfolger des Theilhaberschuldners, selbstverständlich gegen die Erben.

2. Aehnlich liegt es, wenn für die Theilhaber eine gesammtschuldnerische Haftung besteht, die sich auf die Lasten und Kosten bezieht und deshalb von jedem Theilhaber dem andern gegenüber antheilmäßig zu tragen ist oder die zur Erfüllung einer solchen Ver-

Digitized by Google

bindlichkeit eingegangen ist; hier kann jeder Theilhaber die Berichtigung der Schuld aus dem gemeinschaftlichen Gegenstande verlangen.

Hat ein Theilhaber vor der Theilung die Schuld berichtigt, so hat er den Anspruch nach Z. 1 und 426, Abs. 1.

Ist die Schuld zur Zeit der Theilung noch nicht berichtigt, so bleibt jeder Theilhaber dem Gläubiger auf das Ganze verhaftet, der zahlende Theilhaber hätte aber nicht mehr den Rechtsbehelf aus Z. 1. Daher ist der weitere Anspruch aus 755, der dem unter Z. 1 analog ist, gegeben.

E. Das Theilungsgeschäft.

1. Der rechtliche Zweck des Theilungsgeschäftes ist entweder Erfüllung, wenn es vorgenommen wird, um den Theilungsanspruch gemäß den gesetzlichen Theilungsvorschriften zu befriedigen, oder Theilung, d. h. die Ausscheidung des verhältnißmäßigen Antheiles am Werthe des gemeinschaftlichen Gegenstandes, wenn durch Theilungsvertrag abweichend von den gesetzlichen Theilungsvorschriften getheilt wird oder gemäß den gesetzlichen Theilungsvorschriften getheilt wird, obwohl ein Theilungsanspruch nicht besteht.

2. Die Anfechtung des Erfüllungs-Theilungsgeschäftes (s. Z. 1) kann erfolgen auf Grund der arglistigen Täuschung des Theilhabers (z. B. falsche Schätzung, Täuschung über die Voraussetzungen der Erlöstheilung). Die Theilung kann wieder aufgehoben werden. Eine Forderung auf Schadenersatz ist begründet. Ferner ist begründet der Anspruch auf Herausgabe wegen ungerechtfertigter Bereicherung, z. B. bei Fehlen der angenommenen Gemeinschaft, bei Annahme unrichtiger Antheile, bei irriger Annahme der Voraussetzungen einer bestimmten Theilungsart, z. B. der Naturtheilung. Beruht die Ungleichheit bei der Naturaltheilung auf einem physischen Mangel des gemeinschaftlichen Objektes, so finden die Wandelungs- und Minderungsklage wie beim Kaufe Anwendung (493. 757). Ausgesprochen ist das in 757 für den Fall, daß der mangelhafte gemeinschaftliche Gegenstand einem der Theilhaber zugetheilt ist. Es gilt nicht minder, wenn andere Sachen zum Zwecke der Theilung übereignet werden.

Die Anfechtung des Theilungsgeschäftes zum Zwecke der Theilung gestaltet sich in gleicher Weise.

3. Jeder Theilhaber haftet auch für Mängel im Rechte wie für Mängel der Sache (757. 445). Von einer Haftung für Rechtsmängel kann aber dann nur die Rede sein, wenn die Theilung an sich rechtswirksam und nicht nach Z. 2 anfechtbar erscheint.

Digitized by Google

§ 140.

Die Vorlegung von Sachen und Urkunden[1].

I. Die Voraussetzungen des Anspruches auf Vorlegung von Sachen und Urkunden[2].

A. Die Vorlegung von Sachen (809).

1. Der Anspruch steht zu Demjenigen, der in Ansehung der beweglichen oder unbeweglichen Sache einen dinglichen oder persönlichen Anspruch hat, oder Demjenigen, der sich Gewißheit verschaffen will, ob ihm ein solcher Anspruch zusteht, z. B. ein Eigenthumsanspruch gegen den Besitzer.

2. Der dinglich oder persönlich Berechtigte muß außerdem ein Interesse an der Vorlegung oder Besichtigung haben und dieses wie seinen Anspruch bez. der Sache selbst (Z. 1) beweisen, nicht nur glaubhaft machen[3].

3. Der Anspruch ist bei beweglichen und unbeweglichen Sachen begründet.

4. Der Anspruch geht gegen den Besitzer der Sache und ist

5. gerichtet auf Vorlegung der Sache resp. auf Gestattung der Besichtigung.

B. Die Vorlegung von Urkunden (810)[4].

1. Der Anspruch steht Demjenigen zu, der ein rechtliches Interesse daran hat, eine in fremdem Besitze befindliche Urkunde

---

[1] Materialien: M. II. S. 889 ff. P. II. S. 770 ff.; VI. S. 195. 664. Begründung der Novelle zur CPO., S. 109.

Litteratur: 1888: Bähr, Zur Beurtheilung, S. 82 ff. 1889: Bähr, Arch. f. bürg. Recht, Bd. 2, S. 112 ff. Gierke, Der Entwurf, S. 249. Huggenberger, Die Pflicht zur Urkundenedition, beſ. S. 56 ff. Bekker, System II, S. 131. 1890: Hartmann, GA., S. 355 ff. 1892: Kohler, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 79, S. 1 ff. Apt, Die Pflicht zur Urkundenedition. Bähr, Gegenentwurf, S. 160 ff. 1894: Unger, Jahrbuch f. Dogm., Bd. 33, S. 305 ff. Grützmann, Sächs. Arch., Bd. 4, S. 340 ff. 1897: Bunsen I, § 95. 1898: Weyl I, § 129. Leske, § 97. 1899. Kuhlenbeck, Von den Pand. ꝛc. II, § 65. v. Buchka, § 22. Endemann I, § 197. Cosack I, § 169. Tränkner, Sächs. Arch., Bd. 9, S. 200 f. Dernburg, Das bürgerl. Recht II, § 42.

[2] Aehnliche Ansprüche: 716. 867. 1005.

[3] A. M. Oertmann, S. 535, dem zwar nicht das bloße Behaupten des Anspruches, wohl aber eine summarische Kognition über denselben genügt.

[4] Vgl. CPO., §§ 422. 429. Alle sonstigen Ansprüche auf Urkundenedition bleiben unberührt. Vgl. die Fälle des BGB. 716. 1563. 1985. 2264. Keine Analogie haben die Fälle, in denen Urkunden herauszugeben sind, z. B. 402. 412. 444. 952.

Digitized by Google

einzusehen. Den Nachweis dieses Interesses hat der die Einsicht Verlangende zu erbringen. Ein rechtliches Interesse wird aber nur insoweit als hinreichend anerkannt, als es sich um ganz bestimmte Urkunden handelt, nämlich um:

a. Urkunden, die im Interesse des Anspruchsberechtigten errichtet sind,

b. in denen ein zwischen dem Berechtigten und einem Andern bestehendes Rechtsverhältniß beurkundet ist,

c. in denen Verhandlungen beurkundet sind, die zwischen dem Berechtigten und einem Anderen oder zwischen einem von Beiden und einem gemeinschaftlichen Vermittler gepflogen sind.

2. Der Anspruch geht gegen den Besitzer der Urkunde.

3. Er geht auf Gestattung der Einsicht, nicht auf Gestattung der Abschriftnahme (Auszüge, Notizen). Die Einsicht ist auch nur so weit zu gestatten, als das Interesse des Berechtigten reicht, also eventuell nur hinsichtlich eines Theiles der Urkunde.

II. Beide Ansprüche (A und B.) stehen unter den allgemeinen Grundsätzen, z. B. bez. Folgen der Nichterfüllung, der Schuld, des Verzuges, soweit solche nach der Natur des Anspruches Anwendung finden können (nicht also 292).

Besonderheiten zeigen sich in Folgendem:

1. Der Erfüllungsort ist dort, wo sich die Sache bez. Urkunde befindet (269). Jeder Theil kann aber die Vorlegung ꝛc. an einem anderen Orte aus wichtigem Grunde verlangen.

2. Der die Vorlegung Verlangende hat die Gefahr und die Kosten der Vorlegung zu tragen. Der Besitzer ist zur Vorlegung nur gegen Kostenvorschuß und Sicherheitsleistung verpflichtet (Verweigerungsrecht) (811).

§ 141.

Die ungerechtfertigte Bereicherung[1].

Die Herausgabe eines Vermögensvortheiles kann nicht schon deshalb verlangt werden, weil dem die Herausgabe Verlangenden

[1] Materialien: M. II. S. 829 ff. P. II. S. 510. 681 f. 739; III. S. 82. 87 f. 215 f. 244; IV. S. 10; V. S. 153. 710. 716; VI. S. 199 f. 211.

Litteratur: 1888: Bähr, Zur Beurtheilung, S. 93 ff. Poland, Bemerkungen, S. 11. 1889: Gierke, Der Entwurf, S. 168 ff. 272 ff. Lenel, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 74. S. 212 ff. 217 ff. 237 ff. Seuffert, Beitr., H. 11, S. 29 f. Meischeider, Beitr., H. 3, S. 71 ff. Bekker,

Digitized by Google

durch diesen Vortheil ein Schaden erwachsen ist, sondern nur, wenn der Vortheil auf Kosten des Verlangenden ohne gerechtfertigten Grund gemacht wurde. Daher ergeben sich folgende Voraussetzungen für den Anspruch auf Herausgabe wegen ungerechtfertigter Bereicherung (condictio).

I. Der Verpflichtete muß einen *Vermögensvortheil* erlangt haben. Dieser kann bestehen in dem Uebergang von Eigenthum, dinglichem Recht und Besitz (condictio possessionis), in der Befreiung von dinglichen Rechten, in der Begründung und Befreiung von Forderungen, auch (812, Abs. 2) in der vertragsmäßigen Anerkennung des Bestehens (781) oder des Nichtbestehens (397, Abs. 2) eines Schuldverhältnisses und auch in der Ersparung einer Ausgabe (Verzehren fremder Sachen, Zahlung mit fremdem Gelde).

Wie der Vermögensvortheil in das Vermögen des Verpflichteten gelangt ist, ist völlig gleichgültig. Die Vorschrift in 812 sagt: durch „Leistung eines Andern oder in sonstiger Weise". Mit den Leistungen sind Zuwendungsgeschäfte zwischen dem Beeinträchtigten und dem Bereicherten, mit dem letzteren Ausdruck sind *Handlungen* des Beeinträchtigten, z. B. Säen, Pflanzen, Bauen, Dienstleistungen ꝛc.; oder des Bereicherten, z. B. Verarbeitung fremden Stoffes oder Handlungen Dritter und *Ereignisse*, die nicht Handlungen sind, z. B. Alluvion, begriffen.

II. Der Vermögensvortheil muß *auf Kosten des Anderen* erlangt sein; das Vermögen des Anderen erscheint also beeinträchtigt, geschädigt, aber nicht gerade um Das, was sich als Vortheil des Be-

System II, S. 81. 130 ff. 159 f. 167 ff. 259. 374 ff. **1890**: *Reißer*, Gruch. Beitr., Bd. 34, S. 275 ff. *Meyer*, GA., S. 939. *Hartmann*, GA., S. 323 ff. 1246 ff. *Zitelmann*, Beitr., H. 9/10, S. 46 ff. 58. 62. 142 ff. 184 ff. *Bolze*, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 76, S. 253 ff. 259 ff. **1891**: *Jacoby*, Annalen des d. Reichs, S. 103 ff. **1892**: *Jakubezky*, Bemerkungen, S. 154. 177 f. *Bähr*, Gegenentwurf, S. 157 ff. *Reinhold*, Gruch. Beitr., Bd. 36, S. 304 ff. *Pickert*, Beiträge zur Lehre von der condictio indebiti (Dissert.). **1894**: *Bolze*, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 82, S. 1 ff. *Grützmann*, Sächs. Arch., Bd. 4, S. 332 ff. *Haniel*, Beitrag zur Lehre vom Wesen ꝛc. d. Irrthums bei der condictio indebiti. **1897**: *Anger*, Sächs. Arch., Bd. 7, S. 657 ff. *Oertmann*, Allgemeine österreich. Ger.-Zeitung, Jahrgg. 1897, Nr. 32. *Schollmeyer*, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse, § 13. *Bunsen* I, § 96. **1898**: *Weyl* I, § 130. *Leske*, § 98. **1899**: *Kuhlenbeck*, Von den Pandekten ꝛc. II, § 53. *Krückmann*, § 32. v. *Buchka*, § 22. *Cosack* I, §§ 167. 168. *Endemann* I, § 198. *Stieve*, Der Gegenstand des Bereicherungsanspruches nach dem BGB. *Collatz*, Ungerechtfertigte Vermögensverschiebung. *Derselbe*, Jahrb. für Dogm., Bd. 40, S. 139 ff. *Otto*, Sächs. Arch., Bd. 9, S. 1 ff.

Digitized by Google

reicherten darstellt, z. B. bei Verkauf und Uebertragung fremder Sachen an den gutgläubigen Erwerber wird letzterer Eigenthümer (932); der Eigenthümer verliert also sein Eigenthum, der Vortheil des Veräußerers besteht aber in dem vom Dritten an ihn gezahlten Kaufpreis (812, Abs. 1).

III. Daß der Vermögensvortheil auf Kosten eines Anderen gemacht ist, muß „ohne rechtlichen Grund", d. h. ungerechtfertigt sein (812, Abs. 1). Es genügt nicht, daß der Vermögensvortheil beim Bereicherten ohne rechtlichen Grund ist; denn sehr häufig hat der Bereicherte an sich den Vortheil mit rechtlichem Grund. Die Bereicherung ist aber trotzdem ungerechtfertigt, wenn sie auf Kosten des Anderen gemacht ist.

Es fragt sich, wann ist nach dem Gesetz die Bereicherung ungerechtfertigt? Eine allgemeine Bestimmung hierüber fehlt. Das Gesetz stellt einzelne Fälle fest:

A. Leistung einer Nichtschuld (condictio indebiti). Der von dem Leistenden, d. h. dem vermeintlichen Schuldner, oder einem Dritten für den Schuldner bezweckte Erfolg, nämlich die Tilgung der Schuld, tritt hier nicht ein (812, Abs. 1).

1. Wesentliche Voraussetzung ist, daß die Schuld zur Zeit der Leistung nicht besteht, mag sie auch früher bestanden haben. Der Anspruch ist also begründet, wenn während der Schwebe einer aufschiebend bedingten Schuld gezahlt wird, nicht dagegen, wenn eine betagte Schuld vorzeitig berichtigt wird. Es sollen in diesem Falle auch nicht einmal die Vortheile, die der Gläubiger durch die Früherzahlung hat (Zwischenzinsen, Nutzungen aus der geschuldeten Sache), beansprucht werden können (813, Abs. 2). Als nicht bestehend wird die Schuld betrachtet, wenn der Forderung eine Einrede entgegensteht, durch welche die Geltendmachung der Forderung dauernd ausgeschlossen ist, während der Anspruch selbst erhalten bleibt. Diesen Charakter kann die Einrede des Erlasses haben. Es gehört hierher die Einrede des Erben aus dem Inventarrecht, ferner 821. 1166. 1473. 2187 vgl. 886. 1196. 1254. Eine Ausnahme besteht für die Einrede der Verjährung. Die Rückforderung ist ausgeschlossen, wenn in Unkenntniß der Verjährung geleistet ist (222, Abs. 2. 813). Wird auf eine anfechtbare Schuld gezahlt und tritt hinterher die Anfechtung ein, so ist nunmehr die Rückforderung begründet.

Andererseits genügt vielfach der Bestand der Schuld als einer unvollkommenen, naturalen, um den Anspruch auf Herausgabe auszuschließen. In Anlehnung an diese Regelung werden in 814 auch

Digitized by Google

die Leistungen einer Nichtschuld als nicht dem Anspruch unterliegend bezeichnet, wenn die Leistung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprach (vgl. 534)[1].

2. Der Leistende muß das Nichtbestehen (Z. 1) der Schuld nicht gekannt haben[2]. Auch unentschuldbare Unkenntniß begründet den Anspruch. Nur wirkliche Kenntniß schließt den Anspruch aus, der Zweifel über den Bestand der Schuld nur dann, wenn auch für die Eventualität des Nichtbestehens geleistet sein sollte. Die Leistung in Kenntniß ist Schenkung (814).

3. Der Rückfordernde hat die Leistung und den Nichtbestand der Schuld zu beweisen, der Empfänger die Kenntniß vom Nichtbestehen der Schuld oder das Bestehen einer sittlichen oder Anstandspflicht.

B. Leistung zum Zwecke der Herbeiführung eines bestimmten thatsächlichen oder rechtlichen positiven oder negativen Erfolges (condictio ob causam datorum). Hierhin gehört insoweit auch die Leistung einer Nichtschuld, als der zukünftige Erfolg der Tilgung der Schuld in Frage steht. Sie scheidet aus, weil die Leistung wesentlich auch auf die Vergangenheit Bezug nimmt. Hier stehen lediglich künftige Erfolge in Frage (812, Abs. 1. 815).

1. Daß die Leistung gemacht wurde, um den Erfolg herbeizuführen, muß aus dem Inhalte des Leistungsgeschäftes hervorgehen.

2. Der Anspruch auf Herausgabe ist dann begründet, wenn der Erfolg ausbleibt. Gleichgültig ist es, ob der Erfolg zwar anfänglich möglich war, dann aber durch Zufall oder durch Einwirkung des Empfängers unmöglich wurde oder aber von Anfang an unmöglich war. Nur dann ist der Anspruch ausgeschlossen, wenn der Leistende wußte, daß der Erfolg von Anfang an unmöglich war oder wenn er den Eintritt des Erfolges wider Treu und Glauben verhindert hat (vgl. 162). Besteht also der Erfolg in einer dem Empfänger zugemuteten Leistung, so ist der Anspruch begründet, selbst wenn dem Empfänger die Leistung ohne seine Schuld unmöglich wird[3].

C. Leistung aus einem Rechtsgrunde, der später fortfällt; condictio ob causam finitam (812, Abs. 1), z. B. es

[1] Stammler (1897), S. 30 ff.

[2] Meseritzer, Der Irrthum bei der condictio indebiti (1899).

[3] Der Leistende hat die Leistung und den von ihm verfolgten Zweck, der Empfänger den Eintritt des bezweckten Erfolges bezw. im Falle des Nichteintrittes die den Ausschluß des Anspruches begründenden Umstände zu beweisen.

Digitized by Google

wird auf eine resolutiv bedingte Schuld während der Schwebe geleistet, und später tritt die Bedingung ein, oder der Gläubiger hat nach Tilgung der Schuld den Schuldschein noch in Händen (371), oder es tritt Widerruf der Schenkung nach Erfüllung des Schenkungsversprechens ein (531, Abs. 2, vgl. 1584). Dahin gehört auch die Zahlung auf eine anfechtbare Schuld, wenn später die Anfechtung eintritt; denn nach durchgeführter Anfechtung gilt das zu Grunde liegende Geschäft als von Anfang an nichtig (142), während es vorher gültig war (337).

D. Leistung, deren Empfang verwerflich ist wegen des rechtswidrigen oder unsittlichen Zweckes; condictio ob turpem vel injustam causam (817).

1. Der Empfang einer Leistung ist dann für den Empfänger verwerflich, wenn der aus dem Leistungsgeschäft ersichtliche Zweck ein solcher ist, daß der Empfänger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstoßen hat. Der Grund des Anspruches liegt hier also darin, daß der Empfänger durch die Annahme gegen das Verbot oder die Moral verstoßen hat. Die verwerfliche Gesinnung des Empfängers soll getroffen werden. Der Empfang kann zum Zwecke der Herbeiführung eines künftigen Erfolges (Thun oder Unterlassen des Empfängers) stattgefunden haben. Dieser künftige Erfolg kann ein völlig einwandfreier sein (Unterlassung strafbarer Handlung durch den Empfänger), trotzdem kann der Empfang verwerflich für den Empfänger sein. Der Empfang kann aber auch mit Rücksicht auf die Vergangenheit erfolgen, z. B. mit Rücksicht auf ein der Vergangenheit angehöriges Verhalten des Empfängers. Dieses Verhalten selbst kann ein einwandfreies, der Empfang der Leistung aber dennoch verwerflich sein, z. B. Bezahlung für Dienste, die nach den Grundsätzen der Moral nicht bezahlt werden sollen, oder Bezahlung für das Unterlassen eines Verbrechens. Der Vorwurf der Verwerflichkeit des Empfanges ist aber ausgeschlossen, wenn der Empfänger den Zweck nicht gekannt hat. Damit ist aber nicht gefordert, daß dem Empfänger auch der Widerstreit mit Gesetz und Sitte zum Bewußtsein gekommen sein müßte.

2. Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn auch den Leistenden selbst der Vorwurf trifft. Besteht die Leistung in der Eingehung einer Verbindlichkeit, z. B. durch vertragsmäßiges Schuldversprechen oder durch Ausstellung eines Wechsels seitens des Anstifters zu einem Verbrechen, so wäre der Anspruch auf Herausgabe, d. h. der Befreiungsanspruch, ausgeschlossen. Nach 817, Satz 2, wird

Digitized by Google

aber diese Rückforderung für zulässig erklärt. Gegenüber dieser Bestimmung, hat man behauptet, sei nur Zweierlei denkbar: entweder das Versprechen selbst fiele nicht unter 134. 138, sei also nicht nichtig. Das wäre aber schwer möglich. Oder das Versprechen fiele unter 134. 138; dann wäre es nichtig und der Empfänger nicht bereichert. Die Zulassung der Rückforderung könne also nur etwa sich auf den Schuldschein beziehen, da von einer Herausgabe (Befreiung von der Verbindlichkeit) nicht die Rede sein könne. Die Rückforderung des Schuldscheines würde sich auf die Nichtigkeit gründen (condictio indebiti)[1]. Es ist aber zu beachten, daß eine bei Abschluß eines Geschäftes einer oder beiden Parteien zur Last fallende subjektive Unsittlichkeit noch nicht die Unsittlichkeit und Nichtigkeit des Geschäftes mit sich bringt. Von solchen gültigen Verbindlichkeiten handelt die Vorschrift, also von einer Kondiktion solcher Verbindlichkeit.

Die Rückforderung ist aber wieder wegen Verwerflichkeit auf Seiten des Leistenden ausgeschlossen, wenn der Leistende das Versprechen auch erfüllt hat bez. des Geleisteten. Geht man aber von der Gültigkeit der Verbindlichkeit aus, so muß man eine naturale Verpflichtung insofern annehmen, als das zur Erfüllung Geleistete als Erfüllung einer rechtlichen Verbindlichkeit betrachtet wird[2].

E. Verfügungen Nichtberechtigter, condictio sine causa (816).

Eine Bereicherung kann in das Vermögen des Einen auf Kosten des Anderen gelangen ohne eine Leistung des Beeinträchtigten, welche die Bereicherung vermittelt hat. Das ist der Fall, wenn unabhängig vom Willen des Benachtheiligten die Rechtsordnung selbst eine Bereicherung des Einen auf Kosten des Andern eintreten läßt. Die Frage ist hier: wann ist diese Bereicherung als ungerechtfertigt im Verhältniß zum Benachtheiligten zu betrachten? Damit, daß die Rechtsordnung den Rechtsverlust auf der einen Seite eintreten läßt, ist die Frage nach dem Anspruch auf Herausgabe der Bereicherung noch nicht verneint. Es kommt vielmehr darauf an, ob die betreffende Rechtsvorschrift dem Verlierenden die Ausgleichung des Vermögensverlustes durch den Bereicherungsanspruch gewähren will oder nicht.

1. Verfügungen Nichtberechtigter werden in einigen Fällen dem Berechtigten gegenüber als wirksam anerkannt. Es tritt Rechtsverlust

[1] Vgl. Lotmar, D. unmoralische Vertrag (1896), S. 57 f. 62 f. 171. Gegen ihn Oertmann, S. 546.

[2] So Stammler (1897), S. 29 f. Gegen ihn Ubbelohde, Jahrb. f. Dogm., Bd. 38, S. 222.

Digitized by Google

für den Berechtigten, Rechtserwerb für Den ein, der vom Nichtberechtigten erworben hat. Der Anspruch auf Herausgabe gegen den Verfügenden wird in 816, Abs. 1, dem Berechtigten gegeben. Erfolgte die Verfügung unentgeltlich, so wird der Anspruch sogar gegen den Erwerber eingeräumt, der durch die Verfügung unmittelbar einen rechtlichen Vortheil erlangt hat. Fälle: 185. 892. 932. 933. 935, Abs. 2. 936. 156. 2366.

2. Ebenso liegt es, wenn eine Leistung an einen Nichtberechtigten dem Berechtigten gegenüber wirksam ist, so daß letzterer seinen Anspruch verliert. Der Nichtberechtigte ist zur Herausgabe des Geleisteten an den Berechtigten verpflichtet: 362, Abs. 2. 407. 2367. 893.

3. In anderen Fällen, in denen die Bereicherung sich auf Rechtsvorschrift zurückführt, Rechtsverlust für den Berechtigten zu Gunsten des Erwerbers eintritt, hat das Gesetz den Bereicherungsanspruch ausdrücklich gewährt (951. 955. 977. 988. 993, Verbindung, Vermischung, Verarbeitung, Funderwerb, Fruchterwerb). In wieder anderen Fällen ist der Anspruch stillschweigend eingeräumt (964)[1], oder er erscheint stillschweigend ausgeschlossen wie bei der Ersitzung und bei der Ausschließung des bisherigen Grundeigenthümers nach 927.

Hierher gehören auch die Fälle, in denen das Leistungsgeschäft nichtig ist, z. B. wegen Mangels der Geschäftsfähigkeit oder wegen gesetzlichen Verbotes, und der Empfänger in Folge von Konsumtion oder Veräußerung des Erlangten bereichert erscheint.

F. Unerlaubte Handlung, die eine Bereicherung auf Kosten des Verletzten beim Thäter bewirkt hat, läßt selbstverständlich die Bereicherung als ungerechtfertigt erscheinen (852, Abs. 2).

G. Ungerechtfertigt ist schließlich eine Bereicherung, die Jemand auf thatsächlichem Wege, ohne daß der Wille des Beeinträchtigten oder die Rechtsordnung in Frage kämen, auf Kosten eines Andern erfährt, z. B. bei Verbrauch und Verzehren fremden Gutes, bei Dienstleistungen (812, Abs. 1).

IV. Die Bereicherung muß zur Zeit der Klaganstellung noch beim Beklagten vorhanden sein (818, Abs. 3). Die Bereicherung braucht nicht in ihrer ursprünglichen Form vorhanden zu sein, es genügt, daß im maßgebenden Zeitpunkt das Vermögen des Beklagten

[1] So Schollmeyer (1897), S. 107. Enneccerus-Lehmann II, S. 97. Dagegen Biermann zu 964. Dernburg, Das bürg. Recht III, S. 313. Collatz, a. a. O., S. 39 f. Zweifelnd Otto, a. a. O., S. 3.

Digitized by Google

in Folge des Empfanges noch vermehrt erscheint. Das Nähere ergiebt sich aus dem Gegenstande des Anspruchs (vgl. V.).

Nicht immer ist der Moment der Rechtshängigkeit entscheidend, sondern:

A. der Moment, in dem der Empfänger Kenntniß vom Mangel des rechtlichen Grundes seines Erwerbes erlangt. Diese Kenntniß kann bei Empfang oder später vorliegen (819, Abs. 1).

B. Oder es entscheidet der Moment des Empfanges, z. B. bei verwerflichem Empfange (817) der Leistung (819, Abs. 2), und wenn nach dem Inhalte des Geschäftes der bezweckte Erfolg oder wenn der Bestand des Rechtsgrundes der Leistung als ungewiß angesehen wurde. So z. B. bei Leistung einer Geldsumme an eine Korporation zur Abhaltung eines Festes oder bei Leistung auf Grund eines für vorläufig vollstreckbar erklärten Urtheiles (820, Abs. 1).

V. Der Bereicherungsanspruch.

A. Der Anspruch steht Demjenigen zu, auf dessen Kosten in ungerechtfertigter Weise die Bereicherung erfolgte, und seinen Erben. Er ist übertragbar und pfändbar.

B. Der Anspruch geht gegen den Bereicherten und seine Erben, grundsätzlich aber nicht gegen Den, der vom Bereicherten erworben hat. Eine Ausnahme liegt nicht vor in 816, Abs. 1, Satz 2, weil hier entweder der Verfügende selbst überhaupt nicht der Bereicherte ist, sondern allein der Dritte, der unentgeltlich durch die Verfügung unmittelbar erwirbt, oder weil der Dritte gleichwerthig neben dem Verfügenden als bereichert erscheint. Wohl aber liegt eine Ausnahme in 822 vor. Wendet der Empfänger in gutem Glauben das Erlangte unentgeltlich einem Dritten zu, so daß er selbst auf Herausgabe nicht mehr belangt werden kann, so wird der Dritte als der ursprüngliche Empfänger im Interesse des Beeinträchtigten behandelt (actio in rem scripta), nicht also, wenn der Dritte durch unentgeltlichen Vertrag oder sonst unentgeltlich (Diebstahl, Ersitzung) erwirbt[1].

C. Der Anspruch (bez. die Verpflichtung) ist inhaltlich verschieden, je nachdem der Verpflichtete gutgläubig oder bösgläubig ist, und je nachdem Rechtshängigkeit eingetreten ist oder nicht. Der bösgläubige Empfänger haftet zunächst wie der gutgläubige nach Rechtshängigkeit.

1. Der gutgläubige Empfänger haftet

a. vor Rechtshängigkeit auf Herausgabe des Erlangten in

[1] A. M. Cosack I, S. 621. Vgl. aber Oertmann, S. 552.

Digitized by Google

Natur mit dem Zuwachs, ferner der davon gezogenen Nutzungen, des Erwerbes, der aus dem Erlangten, z. B. aus dem erlangten Nießbrauche oder Forderungsrechte, herstammt, und auch des Aequivalentes, das im Falle der Zerstörung, Beschädigung, Entziehung an die Stelle trat. Was dagegen durch ein über das Erlangte abgeschlossenes Rechtsgeschäft erworben ist, gehört nicht hierher (818, Abs. 1)[1].

Ist die Herausgabe in Natur, wie z. B. bei Diensten, von vornherein wegen der Beschaffenheit des Erlangten oder aus anderem Grunde (946—951) unmöglich, oder wird sie später aus solchen Gründen unmöglich, so ist der objektive Werth zu ersetzen.

Die Beweislast ist somit dahin geregelt, daß der Empfänger den Beweis zu erbringen hat, daß eine Bereicherung bei ihm gar nicht eingetreten oder eine eingetretene wieder fortgefallen ist. Der Empfänger behauptet z. B., daß Verlust des Erlangten eingetreten ist, ohne daß dem Empfänger noch ein Vortheil verblieb, auch nicht dadurch, daß er eine nothwendige Ausgabe erspart hat. Es ist auch beachtlich, wenn die Aufhebung oder Minderung der Bereicherung durch einen Schaden, den der Empfänger durch Empfang und Behalten erlitten hat, behauptet wird (818, Abs. 2. 3).

Verwendungen auf den Gegenstand der Herausgabe kann der Empfänger ersetzt verlangen. Er hat das Zurückbehaltungsrecht (273). Der Anspruch auf Ersatz der Verwendungen folgt daraus, daß der Empfänger nur so weit haftet, als er zur Zeit der Rechtshängigkeit ꝛc. bereichert ist.

Quantitäten vertretbarer Sachen (Geld) werden nicht anders behandelt.

b. Tritt Rechtshängigkeit ein, so bestimmt sich die Verpflichtung des Empfängers nach den allgemeinen Grundsätzen (291. 292; 987—990. 994).

2. Der bösgläubige Empfänger haftet vom Eintritt des bösen Glaubens an wie der gutgläubige nach Eintritt der Rechtshängigkeit (818, Abs. 4). Ebenso haftet der Empfänger vom Empfange an in den Fällen IV. A. B. (819. 820, Abs. 1). Im Falle von 820, Abs. 1 tritt nach Abs. 2 eine Modifikation ein:

a. Zinsen sind erst zu entrichten, wenn der Empfänger den Nichteintritt des Erfolges bez. den Wegfall des Rechtsgrundes erfahren hat.

---

[1] Abweichend Oertmann, S. 547f. Vgl. aber Cosack I, § 168 Neumann zu 818.

Digitized by Google

b. Nutzungen hat der Empfänger nur insofern herauszugeben, als er zur Zeit dieser Kenntniß noch bereichert ist.

D. Der Anspruch kann im Wege der Klage und Einrede geltend gemacht werden, auch im Wege der Aufrechnung gegen eine Forderung des Empfängers. Besteht die Leistung in der Eingehung einer Verbindlichkeit, so hat der Beeinträchtigte den Anspruch auf Befreiung bez. das Verweigerungsrecht gegen die Forderung des Empfängers. Dieses Verweigerungsrecht steht ihm auch dann zu, wenn der Anspruch auf Befreiung verjährt ist (821, vgl. 853).

E. Der Anspruch unterliegt der gewöhnlichen Verjährung von 30 Jahren (vgl. 852).

9. Kapitel.

Schuldverhältnisse aus unerlaubten Handlungen und die Ausdehnung der Schadensersatzpflicht.

§ 142.

Schadensersatzpflicht aus eigenen unerlaubten Handlungen[1].

Die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen ist schon im bisherigen Reichsrechte geregelt, inhaltlich besonders durch die Bestimmungen über die Buße. Das BGB. läßt ferner unberührt

[1] Materialien: M. II. S. 724 ff. P. I. S. 236 f.; II. S. 566 ff. 714 f. 724 f. 806 ff.: III. S. 767 f.: IV. S. 694 f.; VI. S. 42 f. 200 f. 590 f. 601. D. S. 100 ff. BRR., S. 102 ff. Begründung der Nov. z. CPO., S. 104. 137. 157. Mat. z. EG., S. 96 ff. 101 ff.

Litteratur: 1886: Francke, Jur. Tag 18, Bd. 1, S. 161 ff. Mörschell, ebenda, S. 213 ff. Petersen, ebenda, S. 275 ff. 1887: Jur. Tag 18, Bd. 2, S. 39 ff. 67 ff. 363 ff. 1888: Bähr, Zur Beurtheilung, S. 91 ff. Jur. Tag. 19, Bd. 3, S. 241 ff. Rieszer, Zeitschrift f. d. ges. Handelsrecht, Bd. 35 (Beil.-H.), S. 386 ff. Birkmeyer, Mecklenb. Zeitschr., Bd. 7, S. 167 ff. Klöppel, Gruch. Beitr., Bd. 32, S. 638. 652. Hilse, Die Haftpflicht der Straßenbahnen ꝛc. 1889: Kolligs, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 74, S. 442 ff. Jur. Tag 20, Bd. 4, S. 98. 109. Bekker, System II, S. 61. Verhandlungen des Pr. Landes-Oek.-Koll., S. 173 ff. 283 ff. 635 ff. 902 ff. Menger, Arch. f. sociale Gesetzgebung u. Stat., Bd. 2, S. 439 ff. 472 ff. v. Liszt, Beitr., H. 5. Gierke, Der Entwurf, S. 39. 64. 84. 105. 259 ff. 267 ff. Derselbe, Die sociale Aufgabe des Privat-Rechtes, S. 33. Derselbe, Beitr., H. 18, S. 80. Mataja, Arch. f. bürg. Recht, Bd. 1, S. 269 ff. Planck, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 75, S. 390 ff. Kunze, Betrachtungen,

Digitized by Google

das Gebiet der Unfallversicherungsgesetze, des Reichshaftpflichtgesetzes vom 7. Juni 1871 (EG. Art. 42), das Gebiet des sog. geistigen Eigenthumes (vgl. Bd. II, §§ 75—78),

S. 14 ff. Kohler, Arch. f. bürg. R. Bd. 1, S. 359. Mendel, Die Geisteskranken im Entwurf, S. 18 ff. 42. Seuffert, Beitr., H. 11, S. 17 ff. Fuld, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 75, S. 98. Bolze, Zeitschr. f. d. Civilprozeß, Bd. 13, S. 277 ff. 1890: Mecke, GA., S. 14. Hartmann, GA., S. 1246 ff. 1265 ff. Pfizer, Jahrb. f. Dogm., Bd. 29, S. 161 ff. Zitelmann, Beitr., H. 9/10, S. 20. 42. 58. Reinhold, Gruch. Beitr., Bd. 34, S. 534 ff. Schmidt, GA., S. 1185 ff. 1207 ff. Westrum, GA., S. 239. Lehmann, GA., S. 103. 1891: Jacoby, Zeitschr. f. d. Priv.- und öffentl. Recht, Bd. 18, S. 282 ff. Fels, Gruch. Beitr., Bd. 35, S. 1 ff. Unger, Jahrb. f. Dogm., Bd. 30, S. 363 ff. Seng, Arch. f. bürg. R., Bd. 5, S. 336 ff. 1892: Hübbe, Arch. f. bürg. R., Bd. 6, S. 190 f. Klewitz, Der Entschädigungsanspruch aus rechtswidrigen Amtshandlungen. Jakubezky, Bemerkungen, S. 159 ff. Bähr, Gegenentwurf, S. 164 ff. 1893: Schwarze, Arch. für öffentl. Recht, Bd. 8, S. 567 ff. Pauer, Ueber die Entschädigungsforderung wegen eines widerrechtlich erlangten Arrestes. Renfing, Die Widerrechtlichkeit als Schadensersatzgrund. 1894: Dreyer, Sächs. Archiv, Bd. 4, S. 433 ff. Grützmann, ebenda, S. 321 ff. Thon, Bl. f. Rechtspflege in Thür., Bd. 42, S. 20 ff. Sjögren, Jahrb. f. Dogm., Bd. 35, S. 343 ff. Crome, ebenda, S. 100 ff. Merkel, Die Kollision rechtmäßiger Interessen. 1896: Hiestand, Der Schadensersatzanspruch des Versicherers gegen den Urheber der Körperverletzung. Rümelin, Die Gründe d. Schadenszurechnung. Derselbe, Der Zufall im Recht (Rede). Meisner, Krit. Bemerkungen, S. 68 ff. 1897: Lenel, D. Jur.-Zeitung, Jahrg. 2, S. 409 ff. Nöldeke, Gruch. Beitr., Bd. 41, S. 766 ff. Oppenheimer, Blätter für Rechtsanwendung, Ergänzungsband 15, S. 337 ff. Linkelmann, Archiv f. bürg. R., Bd. 13, S. 79 ff. Schollmeyer, Das R. der einzelnen Schuldverh., §§ 14. 15. Bunsen I, §§ 97—101. Jung, Delikt u. Schadensverursachung. Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse, S. 112 ff. 1898: Rümelin, G., Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 88, S. 285 ff. Linkelmann, Die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen ꝛc. Nöldeke, Gruch. Beitr., Bd. 42, S. 795 ff. Goldmann-Lilienthal, S. 184 ff. v. Liszt, Die Deliktsobligationen im BGB. Labowsky, Eigenes Verschulden bei Schadensersatzansprüchen nach gem. Recht und BGB. Weyl, Arch. f. bürg. R., Bd. 14, S. 133 ff. Jäger, Die Umwandlungsklage im deutschen Haftrechte. Meves, Arch. f. Strafrecht (Goltd.), Jahrg. 46, S. 81 ff. 161 ff. Henrici, Gruch. Beitr., Bd. 42, S. 625 ff. Stobbe-Lehmann III, §§ 258—264. Hachenburg, Das BGB., S. 18 ff. 154. Weyl I, § 131. Leske, §§ 99—104. Mandry-Geib, §§ 48—51. Isay, Jahrb. f. Dogm., Bd. 39, S. 209 ff. 1899: Kuhlenbeck, Von den Pandekten ꝛc. II, §§ 54 b. 64. Krückmann, § 33. v. Buchka, § 23. Cosack I, §§ 163—166. Endemann I, §§ 199—202. Otto, Sächs. Arch., Bd. 9, S. 8 ff. Cohn, Gruch. Beitr., Bd. 43, S. 96 ff., bes. S. 386 ff. Schepp, Das öffentl. R. im BGB., S. 62 ff.

Digitized by Google

des Reichsgesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes vom 27. Mai 1896, der Bestimmungen über die Haftung des Rhebers und Schiffseigenthümers im HGB. und in dem Binnenschiffahrtsgesetz vom 15. Juni 1895 ꝛc.

Diese Bestimmungen bleiben nach EG. Art. 32 in Kraft, soweit sich nicht aus dem EG. oder BGB. selbst die Aufhebung ergiebt. Außerdem bleiben vom BGB. kraft der Vorbehalte im EG. wichtige Bestimmungen der Landesrechte unberührt.

I. Das BGB. regelt die Schadensersatzpflicht aus eigenen unerlaubten Handlungen nicht wie das römische und gemeine Recht durch Aufstellung einer Reihe einzelner Privatdelikte, auch nicht durch Aufstellung der allgemeinen Norm, daß jede vorsätzliche oder fahrlässige widerrechtliche, schädigende Handlung ersatzpflichtig mache, sondern in der Weise, daß allerdings ein einheitlicher Anspruch auf Schadensersatz aus schuldhafter, widerrechtlicher, schädigender Handlung gegeben wird, die Voraussetzungen aber besonders in der Richtung enger begrenzt werden, daß objektiv der Rechtskreis festgestellt wird, dessen Verletzung schadensersatzpflichtig macht. Die Voraussetzungen sind demnach: Verletzung des fremden Rechtskreises, Widerrechtlichkeit dieser Verletzung, Zurechenbarkeit und Verschuldung, Eintritt eines Schadens, ursächlicher Zusammenhang zwischen Handlung und Schaden. Ueberall ist mit der Handlung auch die Unterlassung getroffen.

II. Verletzung des fremden Rechtskreises liegt vor:

A. bei Verletzung fremder Rechte. Der Begriff des Rechtes ist aus Bd. I, § 17, zu entnehmen. Es stehen aber nicht nur Privatrechte, sondern auch öffentliche Rechte in Frage, soweit sie einem Anderen zustehen. Die allgemeinen geschützten Interessen kommen nicht in Betracht. Es gehören also hierher: die Persönlichkeitsrechte (Recht auf Leben, körperliche Integrität, Gesundheit, Freiheit, nicht aber die Ehre)[1], ferner die dinglichen Rechte (Eigenthum, sonstige dingliche Rechte, auch der Besitz) und die immateriellen Rechte (Namen-, Marken-, Urheber-, Erfinder- und Firmenrecht). Die dinglichen und die Immaterialgüterrechte zählen zweifellos zu den im Gesetze genannten „sonstigen" Rechten, ob aber auch die Forderungsrechte, ist streitig[2] (823, Abs. 1). Man

[1] Vgl. v. Liszt, a. a. O. (1898), S. 22 ff.

[2] Dafür u. a. Cosack, v. Liszt, Stammler; dagegen Endemann, Goldmann-Lilienthal, Schollmeyer, Oertmann, S. 557. Neumann, S. 393.

Digitized by Google

wird sich Denen anschließen müssen, welche die Forderungsrechte ausschließen, weil eine Verletzung der rechtlichen Beziehung zwischen Gläubiger und Schuldner als solcher in der That nicht gedacht werden kann.

B. *Verstoß gegen ein den Schutz eines Andern bezweckendes Gesetz.* Das BGB. verweist hier auf eine Reihe anderer, besonders strafrechtlicher Gesetze, die eben gerade die Interessen Einzelner zu schützen bestimmt sind (z. B. 618), im Gegensatze zu solchen, die allgemeinen Interessen dienen[1]. Die Auslegung dieser Gesetze hat ihren hier maßgeblichen Charakter festzustellen. Es handelt sich um die Frage, ob es sich überhaupt um ein Gesetz zum Schutze des Anderen handelt und ob der Geschädigte dieser Andere ist.

Liegt ein solches Schutzgesetz vor, so muß es sich bei dem Verstoß gegen dieses immer auch um die Verletzung des Rechtes nach 823, Abs. 1 handeln. Die Besonderheit liegt in 823, Abs. 2 gegenüber Abs. 1 nur darin, daß das Verschulden des Thäters (Vorsatz und Fahrlässigkeit) sich nicht auf den *Erfolg* der Handlung (823, Abs. 1), sondern auf die Handlung und Unterlassung selbst beziehen müssen. Der Abs. 2 enthält daher nur eine Verschärfung der Haftung gegenüber Abs. 1. Macht nach dem Schutzgesetze (z. B. Strafgesetz) nur die vorsätzliche Verletzung desselben haftbar, so tritt das Gleiche auch nach 823, Abs. 2, ein.

C. Unter die „sonstigen" Rechte in 823, Abs. 1 (A.) könnte auch *das Recht auf Integrität der Ehre* gestellt werden. Das BGB. hat den privatrechtlichen Schutz des Rechtes der Ehre weder in dieser Weise beschafft noch durch die Unterordnung unter 823, Abs. 2, so daß etwa im Falle des Deliktes des Str.GB. § 185 der Schadensersatzanspruch erhoben werden könnte, sondern das Gesetz hebt nur bestimmte Fälle der Schadensersatzpflicht bei Ehrverletzung heraus und lehnt so eine weitergehende Schadensersatzpflicht bei Ehrverletzung ab[2]. Diese Fälle sind:

1. die *wahrheitswidrige* schuldhafte Behauptung oder Verbreitung von Thatsachen, die geeignet sind, den *Kredit* eines Anderen zu verletzen oder sonstige Nachtheile für dessen *Erwerb oder Fortkommen* herbeizuführen (824, vgl. Str.GB. §§ 186. 187). Fahrlässige Unkenntniß der Unwahrheit der verbreiteten Thatsache steht der Kenntniß gleich[3].

---

[1] A. M. Meisner, v. Liszt, Cosack, Oertmann, S. 558 f. Neumann, S. 393.

[2] Vgl. aber Oertmann, S. 559. Neumann S. 393 f. Otto, a. a. O., S. 12 f.

[3] Biberfeld, Gruch. Beitr., Bd. 42 (1898), S. 367 ff.

Digitized by Google

2. Die Bestimmung einer Frauensperson durch Hinterlist (d. h. versteckte Arglist), Drohung oder unter Mißbrauch eines Abhängigkeitsverhältnisses zur Gestattung des außerehelichen Beischlafes (825)[1]. Das Abhängigkeitsverhältniß ist nicht nur ein Autoritätsverhältniß. Unbescholtenheit der Verletzten ist nicht verlangt.

D. Verstoß gegen die guten Sitten (826).

Ohne Verletzung eines subjektiven Rechtes oder eines Schutzgesetzes kann Jemand auch durch eine gegen die guten Sitten verstoßende Handlung Schaden stiften, z. B. durch Boykottirung oder Ringbildung. Ein solcher Verstoß liegt auch vor, wenn Jemand sein Recht chikanös ausübt (226)[2]. Nur die vorsätzliche Schadenszufügung ist getroffen. Der Thäter muß also gerade den Eintritt des Schadens als Erfolg seiner Handlung vorausgesehen haben.

E. Verletzung der Amtspflicht (839)[3].

1. Die Schadensersatzpflicht der Beamten[4] folgt schon aus 823 für die Fälle, in denen der Beamte fahrlässig oder vorsätzlich durch seine Amtshandlung das Recht eines Anderen verletzt oder gegen ein Schutzgesetz verstößt[5].

2. Die Schadensersatzpflicht tritt aber auch ein, wenn der Beamte eine sonstige Amtspflicht verletzt, die ihm Dritten gegenüber obliegt, im Gegensatze zu den Amtspflichten, die ihm nur gegenüber dem Gemeinwesen (Staat, Gemeinde ꝛc.) z. B. durch bloße Ordnungsvorschriften auferlegt sind. Ob eine solche Amtspflicht vorliegt, besagt die betreffende Dienstvorschrift, besonders ihr Zweck. Will sie nur das Interesse des Staates an der öffentlichen Ordnung oder das finanzielle Interesse des Staates fördern, so entfällt die Haftung Dritten gegenüber. Wo eine Amtspflicht Dritten gegenüber besteht, kann sie auch im allgemeinen Interesse begründet sein. Der Beamte

[1] Vgl. RStr.GB., §§ 170. 171. 173. 176, N. 2. 177. 179. 182. 237. Hier handelt es sich um strafrechtl. Schutzgesetze (823, Abs. 2), die durch 825 ergänzt werden.

[2] Zweifelhaft ist das Verhältniß von 826 und 226. Vgl. Oertmann, S. 563. Neumann, S. 394.

[3] Vgl. Geser, die civilrechtl. Verantwortlichkeit der Beamten (1899). Marcus, D. Jur.-Zeitung, Jahrg. 4 (1899), S. 356. Nöldeke, a. a. O. (1898). Schepp, Das öff. R. im BGB. S. 63 ff. Ueber die Haftung des Staates, der Gemeinden und anderer Kommunalverbände für die Handlungen ihrer Beamten vgl. 31. 89 und EG. Art. 77. 218. Ueber die erweiterte Haftung der Beamten nach Landesrecht vgl. EG. Art. 78. 79. Ueber das Verfahren EG. z. GVG., § 11.

[4] RStr.GB., §§ 336. 359.

[5] Vgl. z. B. RStr.GB., §§ 322 bis 335.

Digitized by Google

haftet für Vorsatz und Fahrlässigkeit[1]. Im Falle der Fahrlässigkeit ist jedoch die Haftung eine nur subsidiäre[2].

3. Verletzung der richterlichen Amtspflicht seitens der Richter, Verwaltungsbeamten, nicht aber der Schieds-, Gewerbe-, Handelsrichter, Schöffen, Geschworenen[3], macht dann in beschränkter Weise haftbar, wenn die Verletzung vom Richter beim Urtheile in einer Rechtssache, also nicht im Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit begangen ist. Den Urtheilen stehen die Entscheidungen gleich, die einen Rechtsstreit beenden und der Rechtskraft fähig sind. Die Haftung tritt hier nur ein, wenn die Pflichtverletzung mit einer im Wege des gerichtlichen Strafverfahrens zu verhängenden öffentlichen nicht disziplinären Strafe bedroht ist, z. B. Rechtsbeugung. Es kommen hier nur vorsätzliche, nicht fahrlässige Delikte in Betracht[4]. Der Grund der Einschränkung liegt in der nothwendigen Unabhängigkeit der Gerichte, weniger in der Rechtskraft des Urtheiles. Daher fällt die Einschränkung der Haftung bei Pflichtverletzungen in der Prozeßleitung, ferner bei solchen Handlungen, die eine Verweigerung oder Verzögerung der Amtsthätigkeit in sich schließen, und bei Arrestbefehlen und einstweiligen Verfügungen fort[5].

4. Die Schadensersatzpflicht (z. 2. 3) ist ausgeschlossen, wenn der Verletzte von den ihm zustehenden Rechtsbehelfen[6] vorsätzlich oder fahrlässig keinen Gebrauch gemacht hat (vgl. 1674. 1848). Damit ist die Untersuchung über die Verursachung des Schadens nach 254 ausgeschlossen.

5. Mehrere verantwortliche Beamte haften als Gesammtschuldner (830. 840). So auch die schuldigen Mitglieder eines Kollegiums (840, Abs. 1). Ist neben dem Beamten ein Dritter für den Schaden verantwortlich, so haften Beide als Gesammtschuldner, und ihr Verhältniß zu einander bestimmt sich nach 426 (840, Abs. 1). Hat aber ein Beamter vermöge seiner Amtspflicht einen Anderen zur Geschäftsführung für einen Dritten zu bestellen, z. B. 1694. 1789.

---

[1] Reichsbeamtengesetz vom 31. März 1873, § 13. Laband, Reichsstaatsr. I (3. A.), S. 433 f.

[2] Nach EG., Art. 77, bleiben die Landesgesetze in Kraft, welche das Recht des Beschädigten, von dem Beamten Ersatz zu verlangen, insoweit ausschließen, als der Staat ꝛc. haftet.

[3] A. M. Fischer-Henle zu 839.

[4] RStr.GB., §§ 334. 336. 345, Abs. 2. 347, Abs. 2. Vgl. CPO., § 580, z. 5. Str.PO., §§ 399, z. 3. 402, z. 3.

[5] A. M. Hachenburg, Das BGB., S. 162.

[6] z. B. CPO., §§ 511 ff. Str.PO., §§ 338 ff. EG. z. GVG., § 4.

Digitized by Google

1897. 1915, KO. §§ 78, 110, oder die Geschäftsführung eines Andern zu beaufsichtigen, z. B. 1837, KO. § 83, oder durch Genehmigung von Rechtsgeschäften bei dieser Geschäftsführung des Andern mitzuwirken, z. B. 1821. 1822, KO. § 129, und ist er wegen Verletzung dieser Pflichten neben dem Andern verantwortlich, so hat der vom Verletzten in Anspruch genommene Andere keinen Regreß an den Beamten, wohl aber der Beamte gegen den Anderen (841).

6. Auf die Haftung gemäß 839 ist sowohl beim Vormundschafts- wie beim Grundbuchrichter verwiesen. Der Vormundschaftsrichter haftet dem Mündel aus jeder vorsätzlichen und fahrlässigen Verletzung seiner Amtspflicht (839, Abs. 1. 3), Dritten nur aus Verletzung der diesen Dritten gegenüber bestehenden Amtspflicht (1674. 1848. EG. Art. 147).

Für den Grundbuchrichter niederer und höherer Instanz haftet wegen vorsätzlicher und fahrlässiger Verletzung jeder Amtspflicht der Staat, aber nur den Betheiligten, Anderen gegenüber haftet nur der Grundbuchrichter nach 839, Abs. 1 (GBO. § 12)[1].

III. Widerrechtlichkeit.

Die Verletzung des fremden Rechtskreises ist widerrechtlich. Es kann aber die Widerrechtlichkeit des Eingriffes aufgehoben sein:

A. Durch die Einwilligung des Verletzten in die schädigende Handlung. Das ist der Fall, wenn die Handlung durch die Einwilligung den Charakter der Widerrechtlichkeit verliert, nicht dann, wenn die Handlung trotz Einwilligung widerrechtlich bleibt (vgl. RStr.GB. §§ 142. 216). Die Einwilligung vermag aber die Widerrechtlichkeit nur insoweit zu heben, als der Einwilligende über das verletzte Rechtsgut rechtswirksam durch Vertrag verfügen könnte. Hier aber ist der Schadensersatzanspruch des Einwilligenden dann nicht ausgeschlossen, wenn derselbe gerade gegen die Folgen der Einwilligung zu schützen war (825).

B. Durch gesetzlich bindenden Befehl an den Handelnden.

C. Durch Nothwehr (227), Nothstand (228. 904)[2] und berechtigte Selbsthülfe (229), vgl. Bd. I, § 68.

D. Durch Amts- und Dienstpflicht oder Erziehungsrecht.

E. Durch sonstiges eigenes Recht, das die Befugniß zum Eingriff gewährt.

[1] Motiv z. GBO., S. 34. Nöldeke, a. a. O., S. 823 ff. Oberneck, Gruch. Beitr., Bd. 43 (1899). S. 466 ff.

[2] Der Nothstand nach 228 hebt aber nur bei Sachbeschädigung die Widerrechtlichkeit auf; bei Tödtungen bliebe sie auch nach RStr.GB., § 54, bestehen.

Digitized by Google

haftet für Vorsatz und Fahrlässigkeit[1]. Im Falle der Fahrlässigkeit ist jedoch die Haftung eine nur subsidiäre[2].

3. Verletzung der richterlichen Amtspflicht seitens der Richter, Verwaltungsbeamten, nicht aber der Schieds-, Gewerbe-, Handelsrichter, Schöffen, Geschworenen[3], macht dann in beschränkter Weise haftbar, wenn die Verletzung vom Richter beim Urtheile in einer Rechtssache, also nicht im Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit begangen ist. Den Urtheilen stehen die Entscheidungen gleich, die einen Rechtsstreit beenden und der Rechtskraft fähig sind. Die Haftung tritt hier nur ein, wenn die Pflichtverletzung mit einer im Wege des gerichtlichen Strafverfahrens zu verhängenden öffentlichen nicht disziplinären Strafe bedroht ist, z. B. Rechtsbeugung. Es kommen hier nur vorsätzliche, nicht fahrlässige Delikte in Betracht[4]. Der Grund der Einschränkung liegt in der nothwendigen Unabhängigkeit der Gerichte, weniger in der Rechtskraft des Urtheiles. Daher fällt die Einschränkung der Haftung bei Pflichtverletzungen in der Prozeßleitung, ferner bei solchen Handlungen, die eine Verweigerung oder Verzögerung der Amtsthätigkeit in sich schließen, und bei Arrestbefehlen und einstweiligen Verfügungen fort[5].

4. Die Schadensersatzpflicht (Z. 2. 3) ist ausgeschlossen, wenn der Verletzte von den ihm zustehenden Rechtsbehelfen[6] vorsätzlich oder fahrlässig keinen Gebrauch gemacht hat (vgl. 1674. 1848). Damit ist die Untersuchung über die Verursachung des Schadens nach 254 ausgeschlossen.

5. Mehrere verantwortliche Beamte haften als Gesammtschuldner (830. 840). So auch die schuldigen Mitglieder eines Kollegiums (840, Abs. 1). Ist neben dem Beamten ein Dritter für den Schaden verantwortlich, so haften Beide als Gesammtschuldner, und ihr Verhältniß zu einander bestimmt sich nach 426 (840, Abs. 1). Hat aber ein Beamter vermöge seiner Amtspflicht einen Anderen zur Geschäftsführung für einen Dritten zu bestellen, z. B. 1694. 1789.

---

[1] Reichsbeamtengesetz vom 31. März 1873, § 13. Laband, Reichsstaatsr. I (3. A.), S. 433 f.

[2] Nach EG., Art. 77, bleiben die Landesgesetze in Kraft, welche das Recht des Beschädigten, von dem Beamten Ersatz zu verlangen, insoweit ausschließen, als der Staat ꝛc. haftet.

[3] A. M. Fischer-Henle zu 839.

[4] RStr.GB., §§ 334. 336. 345, Abs. 2. 347, Abs. 2. Vgl. CPO., § 580, Z. 5. Str.PO., §§ 399, Z. 3. 402, Z. 3.

[5] A. M. Hachenburg, Das BGB., S. 162.

[6] z. B. CPO., §§ 511 ff. Str.PO., §§ 338 ff. EG. z. GVG., § 4.

Digitized by Google

1897. 1915, KO. §§ 78, 110, oder die Geschäftsführung eines Andern zu beaufsichtigen, z. B. 1837, KO. § 83, oder durch Genehmigung von Rechtsgeschäften bei dieser Geschäftsführung des Andern mitzuwirken, z. B. 1821. 1822, KO. § 129, und ist er wegen Verletzung dieser Pflichten neben dem Andern verantwortlich, so hat der vom Verletzten in Anspruch genommene Andere keinen Regreß an den Beamten, wohl aber der Beamte gegen den Anderen (841).

6. Auf die Haftung gemäß 839 ist sowohl beim Vormundschafts- wie beim Grundbuchrichter verwiesen. Der Vormundschaftsrichter haftet dem Mündel aus jeder vorsätzlichen und fahrlässigen Verletzung seiner Amtspflicht (839, Abs. 1. 3), Dritten nur aus Verletzung der diesen Dritten gegenüber bestehenden Amtspflicht (1674. 1848. EG. Art. 147).

Für den Grundbuchrichter niederer und höherer Instanz haftet wegen vorsätzlicher und fahrlässiger Verletzung jeder Amtspflicht der Staat, aber nur den Betheiligten, Anderen gegenüber haftet nur der Grundbuchrichter nach 839, Abs. 1 (GBO. § 12)[1].

III. Widerrechtlichkeit.

Die Verletzung des fremden Rechtskreises ist widerrechtlich. Es kann aber die Widerrechtlichkeit des Eingriffes aufgehoben sein:

A. Durch die Einwilligung des Verletzten in die schädigende Handlung. Das ist der Fall, wenn die Handlung durch die Einwilligung den Charakter der Widerrechtlichkeit verliert, nicht dann, wenn die Handlung trotz Einwilligung widerrechtlich bleibt (vgl. RStr.GB. §§ 142. 216). Die Einwilligung vermag aber die Widerrechtlichkeit nur insoweit zu heben, als der Einwilligende über das verletzte Rechtsgut rechtswirksam durch Vertrag verfügen könnte. Hier aber ist der Schadensersatzanspruch des Einwilligenden dann nicht ausgeschlossen, wenn derselbe gerade gegen die Folgen der Einwilligung zu schützen war (825).

B. Durch gesetzlich bindenden Befehl an den Handelnden.

C. Durch Nothwehr (227), Nothstand (228. 904)[2] und berechtigte Selbsthülfe (229), vgl. Bd. I, § 68.

D. Durch Amts- und Dienstpflicht oder Erziehungsrecht.

E. Durch sonstiges eigenes Recht, das die Befugniß zum Eingriff gewährt.

---

[1] Motiv z. GBO., S. 34. Nöldeke, a. a. O., S. 823 ff. Oberneck, Gruch. Beitr., Bd. 43 (1899). S. 466 ff.

[2] Der Nothstand nach 228 hebt aber nur bei Sachbeschädigung die Widerrechtlichkeit auf: bei Tödtungen bliebe sie auch nach RStr.GB., § 54, bestehen.

Digitized by Google

IV. Die Verantwortlichkeit des Handelnden.

A. Die Verantwortlichkeit fehlt, wenn im Zuſtande der Bewußtloſigkeit, d. h. der Aufhebung oder hochgradigen Trübung des Bewußtſeins, oder im Zuſtande krankhafter Störung der Geiſtesthätigkeit, alſo nicht nur der Geiſteskrankheit (104. 105), gehandelt iſt. Die Verantwortlichkeit fehlt alſo nicht in den lichten Zwiſchenräumen. Der Zuſtand krankhafter Störung der Geiſtesthätigkeit muß die freie Willensbeſtimmung ausſchließen. Wer ſich vorübergehend in einen ſolchen Zuſtand verſetzt hat durch geiſtige Getränke oder ähnliche Mittel (Morphium), iſt an ſich während dieſes Zuſtandes nicht zurechnungsfähig. Der vom Thäter ſelbſt herbeigeführte Zuſtand, in dem er nun Schaden ſtiftet, kann aber durch den Thäter ſchuldhaft herbeigeführt ſein, und nur dann iſt der Thäter ſchadenserſatzpflichtig, und zwar ſo, als wenn ihm Fahrläſſigkeit zur Laſt fiele. Eine vorſätzliche Begehung iſt alſo ausgeſchloſſen (827).

B. Die Verantwortlichkeit fehlt den Kindern unter ſieben Jahren, den Perſonen vom vollendeten ſiebenten bis zum vollendeten achtzehnten Lebensjahre dann, wenn ihnen bei Begehung der ſchädigenden Handlung die Einſicht fehlt, die zur Erkenntniß der Verantwortlichkeit ihres Thuns erforderlich iſt. Die jugendlichen Perſonen haben den Mangel der Einſicht nachzuweiſen (828).

C. Die Verantwortlichkeit fehlt den Taubſtummen in demſelben Maße wie den Perſonen von 7—18 Jahren (828).

D. Schadenserſatzpflicht des Unzurechnungsfähigen (829)[1]. Ausnahmsweiſe ſtatuirt das Geſetz eine Schadenserſatzpflicht des Unzurechnungsfähigen. Sie iſt eine ſubſidiäre, d. h. nach der des Aufſichtspflichtigen eintretende. Sie iſt eine bedingte und beſchränkte inſofern, als ſie nur eintritt, wenn die Billigkeit nach den Umſtänden, insbeſondere nach den Verhältniſſen der Betheiligten eine Schadloshaltung erfordert und dem Verpflichteten, was dieſer zu beweiſen hätte, nicht die Mittel zur Beſtreitung ſeines eigenen Unterhaltes und zur Erfüllung ſeiner geſetzlichen Unterhaltspflichten entzogen werden.

V. Verſchuldung des Handelnden. Das BGB. geht davon aus, daß den verantwortlichen Thäter nur die Verſchuldung ſchadenserſatzpflichtig macht, alſo die vorſätzliche oder fahrläſſige Handlung (vgl. Bd. I, § 61).

---

[1] Vgl. Stammler, a. a. O., S. 117 f.

Digitized by Google

Die Verletzung fremden Rechtes kommt als vorsätzliche wie auch als fahrlässige in Betracht (823, Abs. 1). Der Verstoß gegen ein Schutzgesetz (823, Abs. 2) macht dann haftbar, wenn der Handelnde die durch das betreffende Schutzgesetz geforderte Sorgfalt verletzte. Wo nur die vorsätzliche Verletzung durch das Schutzgesetz verboten ist, kommt die fahrlässige Verletzung auch für die Schadensersatzpflicht nicht in Betracht (RStr.GB. § 299). Wo die Verletzung des Schutzgesetzes auch ohne Schuld strafbar ist (GWO. § 147), ist Voraussetzung der Schadensersatzpflicht dennoch die Verschuldung (823, Abs. 2). Die Kreditgefährdung (824) macht auch als fahrlässige ersatzpflichtig; hat aber der Mittheilende oder der Empfänger der Mittheilung ein berechtigtes Interesse an der Mittheilung (Ertheilung von Auskunft durch die Auskunftsbureaus), so macht nur die vorsätzliche Mittheilung schadensersatzpflichtig (824, Abs. 2). Die Verletzung der Geschlechtsehre (825) ist nur als vorsätzliche denkbar, ebenso kommt nur Vorsatz im Falle des unsittlichen Handelns (826) in Frage. Der Vorsatz muß sich hier auf die Schadenszufügung beziehen, der Handelnde muß den schädigenden Erfolg seiner Handlung vorausgesehen haben.

VI. Es muß ferner ein Schaden eingetreten sein und ursächlicher Zusammenhang zwischen Schaden und Handlung vorliegen.

A. Der Schaden und die Art des Schadensersatzes.

1. Ueber den Umfang der Schadensersatzpflicht entscheiden die allgemeinen Bestimmungen, ebenso über die Art, wie der Schadensersatz geleistet wird (Bd. I, § 76). Hinsichtlich des Umfanges der Schadensersatzpflicht macht es keinen Unterschied, ob Fahrlässigkeit oder Vorsatz des Handelnden vorliegt. Eine Beschränkung vgl. IV, D. Ersetzt wird daher nicht nur Vermögensschaden, sondern auch Nichtvermögensschaden. Bei Verletzungen einer Person (Ehrverletzungen, Sittlichkeitsverbrechen) sind auch die Nachtheile zu ersetzen, welche die gegen die Person gerichtete Handlung für den Erwerb oder das Fortkommen des Verletzten herbeiführt (824, vgl. 842).

Bei Körper- und Gesundheitsverletzungen kommt in Betracht die zeitweise oder dauernde Aufhebung und Minderung der Erwerbsfähigkeit, die zeitweise oder dauernde Vermehrung der Bedürfnisse des Verletzten. Die Leistung des Schadensersatzes erfolgt hier durch Zahlung einer Rente. Die Rentenverpflichtung steht unter der für den Leibrentenvertrag maßgebenden Bestimmung in 760 (Bd. I, § 129). Die Sicherheitsleistung bestimmt sich nach richter-

Digitized by Google

lichem Ermessen. Auf Verlangen kann an Stelle der Rente das Gericht die *Kapitalabfindung* treten lassen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt (z. B. mangelnde Sicherheitsleistung). Der Anspruch wird durch die Unterhaltspflicht Anderer dem Verletzten gegenüber nicht ausgeschlossen (843)[1].

2. *Nichtvermögensschaden* kann regelmäßig nicht durch eine Geldleistung gutgemacht werden (253). Bei Körperverletzung, Gesundheitsverletzung und Freiheitsberaubung, ferner bei Verbrechen oder Vergehen wider die Sittlichkeit gegen eine Frauensperson, oder wenn eine solche in ihrer Geschlechtsehre nach 825 verletzt ist, erleidet das eine Ausnahme. Hier kann der Richter eine *billige Geldentschädigung* zusprechen, z. B. für Schmerzen, Defloration, Entstellungen. Ob ein solcher ideeller Schaden vorliegt, ist Sache der richterlichen Prüfung. Ehrverletzungen gehören nicht hierher.

3. Ersetzt wird prinzipiell nur der Schaden, der *Demjenigen zugefügt ist, gegen den die Handlung gerichtet ist*, also der Schaden, den der unmittelbar Betroffene erlitten hat.

a. *Im Falle der Tödtung* sind aber

α. die *Beerdigungskosten* Demjenigen vom Todtschläger zu ersetzen, der diese Kosten kraft Gesetzes als Erbe (1968), als Unterhaltspflichtiger (1588. 1650. 1713) oder kraft Vertrages mit dem Erblasser zu tragen hat. Um eine eigentliche Schadensersatzpflicht handelt es sich hier nicht, da die Beerdigungskosten von dem Verpflichteten auch ohne die Tödtung zu tragen waren, allerdings erst später. Es handelt sich hier um eine dem Todtschläger über den Rahmen der Schadensersatzpflicht hinaus auferlegte Leistung (844, Abs. 1).

β. War der Getödtete zur Zeit der Tödtung einem Dritten kraft Gesetzes *unterhaltspflichtig*, oder hätte er es nach dem zur Zeit der Tödtung zum Dritten bestehenden Verhältnisse werden können (z. B. 1602. 1603. 1608. 1609), so hat der Dritte, dem durch die Tödtung das Recht auf Unterhalt entzogen ist, den Anspruch auf Ersatz. Er kann eine Rente wie nach Z. 1 (843, Abs. 2—4) beanspruchen in Höhe des eventuellen Unterhaltes, solange der Getödtete muthmaßlich (d. h. unter Berücksichtigung seines Lebensberufes, Gesundheitszustandes, seiner Lebensführung ꝛc.) gelebt haben würde. Die Wittwe des Getödteten verliert nach 843, Abs. 4, die

[1] Vgl. CPO., §§ 323. 324. 708, Z. 6. Begründung der Nov. z. CPO., S. 104. 134. Jäger, a. a. O. (1898).

Digitized by Google

Rente im Falle ihrer Wiederverheirathung nur dann, wenn thatsächlich das Unterhaltsbedürfniß fortfällt und soweit es fortfällt. Auch der zur Zeit der Verletzung Erzeugte, aber noch nicht Geborene hat diesen Anspruch (844, Abs. 2)[1].

b. Im Falle der Tödtung, Körper- und Gesundheitsverletzung und Freiheitsentziehung hat Derjenige, der vom Verletzten kraft Gesetzes Dienste im Haus oder Gewerbe verlangen konnte, also nach 1356 der Ehemann bei Verletzung der Ehefrau, die Eltern nach 1617. 1757 bei Verletzung des Kindes, Anspruch auf Ersatz der ihnen entgehenden Dienste durch Entrichtung einer Rente (vgl. Z. 1, 843, Abs. 2—4. 845).

4. Im Falle der Schädigung durch Entziehung oder Beschädigung einer Sache (auch einer vertretbaren) geht der Anspruch zunächst auf Wiederherstellung des früheren Zustandes, also besonders auf Rückgabe und, wenn diese nicht möglich oder nicht hinreichend ist, auf Entschädigung in Geld (Wertherſatz).

a. Der zur Rückgabe Verpflichtete haftet auch für den zufälligen Untergang und die zufällige Verschlechterung wie für anderweite zufällige Unmöglichkeit der Leistung, wenn er nicht beweist, daß diese Thatsachen auch ohne die Entziehung eingetreten sein würden (848, vgl. 287).

b. Im Falle des Wertherſatzes ist die Gesammtsumme mit 4 % (246) von dem Zeitpunkte an zu verzinsen, welcher der Werthbestimmung zu Grunde gelegt wird (849).

B. Kausalzusammenhang zwischen dem Schaden und der Handlung (vgl. Bd. I, § 76).

1. Der Schaden muß sich auf die Handlung zurückführen, sei es diejenige Einzelner oder Mehrerer. Wenn Mehrere als Mitthäter, Anstifter oder Gehülfen gemeinschaftlich die schädigende Handlung vornahmen, so hat Jeder von ihnen den Schaden verursacht und ist daher in vollem Umfange ersatzpflichtig (Gesammtschuldner), z. B. A, B, C stechen den D; er stirbt, weil die Verletzungen in ihrer Gesammtheit den Tod herbeiführen mußten. Jeder einzelne Stich wäre ungefährlich gewesen. Ebenso liegt es, wenn Mehrere an der schädigenden Handlung betheiligt waren, sich aber nicht ermitteln läßt, welchen Antheil der Einzelne an dem Erfolge hat (A, B, C stechen den D; nur ein Stich ist tödtlich, es ist aber nicht

[1] Unpfändbarkeit der Rente nach CPO., §. 850. Daraus ergeben sich nach 394. 400 die Nichtübertragbarkeit und Nichtaufrechenbarkeit.

Digitized by Google

festzustellen, wer ihn führte), oder wenn die Mitwirkung des Einzelnen zwar feststeht, aber sich nicht ermitteln läßt, wessen Mitwirkung kausal geworden ist (A schlägt, B sticht den C; es läßt sich nicht feststellen, ob der Schlag oder der Stich den Tod herbeigeführt hat). Soll aber die gesammtschuldnerische Haftung eintreten, so ist immer eine schuldhafte Betheiligung der Mehreren an der vorliegenden unerlaubten Handlung erforderlich (830)[1]. Selbstverständlich haften Hehler und Begünstiger nur aus ihrer eigenen schuldhaften Handlung, nicht weil sie an den Vortheilen des Delinquenten theilnahmen.

2. Der einem Dritten nur mittelbar Verletzten im Falle von 844. 845 zustehende Ersatzanspruch ist in seinem Bestande und Umfange davon abhängig, daß nicht nach den allgemeinen Grundsätzen (254) ein konkurrirendes Verschulden des unmittelbar Verletzten dessen Anspruch in seinem Bestande oder Umfange alterirt (846).

VII. Der Anspruch auf Schadensersatz.

A. Der Anspruch steht dem unmittelbar Verletzten zu, in Ausnahmefällen dem mittelbar Verletzten. Wer der Verletzte ist, ergiebt sich aus dem Bisherigen. Bei Entziehung oder Beschädigung einer beweglichen Sache ist zum Wertherſatze auch der Eigenthümer berechtigt. Der Verpflichtete soll aber befreit werden, wenn er den Ersatz an den Besitzer zur Zeit der Entziehung und Beschädigung leistete, wenn ihm nicht das Eigenthum des Dritten bekannt oder wegen grober Fahrlässigkeit unbekannt war (851, vgl. 1006).

Der Anspruch ist übertragbar und vererblich. Nur der Genugthuungsanspruch auf die billige Entschädigung in Geld ist nicht übertragbar und geht auf die Erben nicht über, solange er nicht durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden ist (847).

B. Der Anspruch geht gegen den Schädiger und seine Erben.

1. Sind Mehrere für den Schaden verantwortlich, so haften sie als Gesammtschuldner (830), untereinander steht ihnen der Ausgleichungsanspruch nach 426 zu.

2. Der Anspruch geht als subsidiärer gegen den Unzurechnungsfähigen.

3. Einwände des Verpflichteten ergeben sich aus dem Bisherigen. Gegenüber dem Schadensersatzanspruch wegen Entziehung einer Sache

[1] Vgl. Cohn, Gruch. Beitr., Bd. 43 (1899), S. 113 ff.

Digitized by Google

auf Herausgabe ſteht dem Verpflichteten der Einwand wegen der Verwendungen zu, wie er dem Beſitzer gegenüber dem Eigenthümer zuſteht (850). Vorſätzliche und fahrläſſige Entziehung ſtehen ſich gleich. Das Retentionsrecht (273) ſteht dem Verpflichteten allerdings nicht zu, wenn er die Sache durch vorſätzliche Handlung erlangte. Auf entſprechende Befreiung von Verbindlichkeiten kann er (257) Klage oder Widerklage erheben.

C. Die Verjährung. Der Anſpruch verjährt in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in welchem der Verletzte von dem Schaden und der Perſon des Erſatzpflichtigen Kenntniß erhalten hat, in Abweichung von der Regel (198). Erlangt der Berechtigte die Kenntniß nicht, ſo verjährt der Anſpruch in 30 Jahren der Regel gemäß (195) von der Begehung der Handlung an (852, Abſ. 1).

VIII. Der Anſpruch auf Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung, die der Erſatzpflichtige durch die unerlaubte Handlung auf Koſten des Geſchädigten erlangt hat, kann auch nach Verjährung des Anſpruches auf Schadenserſatz geltend gemacht werden (852, Abſ. 2).

IX. Hat der Handelnde durch die unerlaubte Handlung eine Forderung erlangt, ſo kann der Verletzte die Erfüllung dieſer Forderung verweigern, ſelbſt wenn ein ihm zuſtehender Anſpruch auf Aufhebung der Forderung verjährt iſt (853). Analog liegt der Fall in 821.

§ 143.

Die Ausdehnung der Schadenserſatzpflicht[1].

Die Schadenserſatzpflicht ruht grundſätzlich auf dem Verſchuldungsprinzip. Die eigene ſchuldhafte Handlung des Thäters, Mitthäters, Anſtifters und Gehülfen verpflichtet zum Schadenserſatz. Dieſes Prinzip wird vom Geſetz in einigen Fällen abgeſchwächt, in anderen verlaſſen[2].

Eine Abſchwächung liegt in der Aufſtellung der Vermuthung der Fahrläſſigkeit Deſſen, der ſich durch Genuß von alkoholiſchen Getränken ꝛc. in den Zuſtand der Unzurechnungsfähigkeit verſetzt hat (827). Der Verletzte hat nur dieſe Thatſache zu beweiſen, nicht die

[1] Materialien und Litteratur ſ. Bd. I, § 142, Note 1.

[2] Aus dem Landesrecht vgl. Bayer. AG. z. BGB., Art. 58. 59. Anhalt. AG. z. BGB., Art. 29—31. Sachſen-Altenb. AG. zum BGB., § 37. Sachſen-Weimar. AG. zum BGB., § 90. Braunſchwg. AG. z. BGB., §§ 28—31. Heſſ. AG. z. BGB., Art. 74. 95.

Digitized by Google

Schuld des Thäters; letzterer hat den Beweis zu führen, daß er
Schuld in diesen Zustand gerathen ist. Nur wenn ihm dieser Be
gelingt, haftet er als Unzurechnungsfähiger nach 829 (Bd. I, § 1
IV. A. D.). In anderen Fällen weicht das Gesetz durch die Re
lirung der Beweislast vom Verschuldungsprinzip ab, indem nicht
Verletzte den Beweis der Schuld, sondern der Verpflichtete d
Beweis der Nichtschuld führen muß (I. A. B., II. A., II

Verlassen ist das Verschuldungsprinzip bei der Haftung f
fehlender Verantwortlichkeit (Bd. I, § 142. IV, D.), bei der Haftu
ohne Schuld für Thier- und Wildschaden (II.). An diese schließ
sich eine Reihe schon erörterter Fälle der Haftung ohne Schuld u
der Haftung trotz Mangels der Widerrechtlichkeit an (31. 86. 8
122. 228. 904. 231. 278. 867. 962. 795, Abs. 3. 179. 701). Weit
gehören die Vorschriften der CPO. §§ 89. 302. 600. 717. 945 u
des Reichshaftpflichtgesetzes vom 7. Juni 1871 (EG. Art. 42)
hierher[2]. Alle diese Ausdehnungen der Schadensersatzpflicht hat ma
unter einem gemeinsamen Gesichtspunkt zu vereinigen gesucht. Be
zeichnet man diese Fälle als Quasidelikte, so ist damit nicht meh
gesagt, als daß die Analogie der Vorschriften für die unerlaubte
Handlungen eingreift. Andere sehen die besonderen Fälle als Ausfluß
des Verursachungs- oder Veranlassungsprinzipes an oder
stellen sie unter das Prinzip des aktiven Interesses (A. Merkel),
welches besagt, daß Jeder den Schaden ersetzen müsse, den er durch
bewußtes Geltendmachen seiner Interessen einem Andern zugefügt,
soweit die Verletzung fremden Interesses generell vorauszusehen war.
Auch das Prinzip (Unger), daß Jeder sein eigenes Interesse
nur auf eigene Gefahr geltend machen könne, ist herangezogen
worden, oder die Fälle erscheinen als Gefährdungshaftung
(M. Rümelin), d. h. Jeder, der ein gefährdendes Verhalten beob-
achtet, muß auch den daraus entstehenden Schaden tragen. Diese
allgemeinen Prinzipien decken sich aber nicht mit dem Inhalte des
positiven Rechtes, sie führen viel weiter als dieses. Man wird daher
zunächst bei den einzelnen Fällen stehenbleiben müssen[3].

I. Die Schadensersatzpflicht für fremde Handlungen
(831)[4].

[1] Mandry-Geib, § 49. v. Rutz, Bl. f. Rechtsanwendung, Jahrg. 64 (1899), S. 1 ff. 41 ff. 81 ff.

[2] Ueber den Fall ungerechtfertigten Arrestes vgl. Henrici, Gruch. Beitr., Bd. 42 (1898), S. 625 ff.

[3] Vgl. bes. Stammler, a. a. O., S. 112 ff.

[4] Vgl. 31. 164 ff. 611 ff. 710 ff. Die strengere Haftung der Gastwirthe,

Digitized by Google

A. Der Geschäftsherr (Auftraggeber, Dienstherr[1], Besteller, Unternehmer, Gesellschafter) haftet für den Schaden, den Diejenigen, die er zu einer Verrichtung (thatsächlichen oder rechtsgeschäftlichen Charakters) bestellt hat, in Ausführung (nicht bei Gelegenheit) derselben Anderen widerrechtlich zufügen, vorausgesetzt, daß den Geschäftsherrn eine Schuld bei der Auswahl der Bestellten, bei der Aufsicht, bei der Beschaffung der Vorrichtungen und Geräthschaften trifft, und vorausgesetzt, daß der Schaden nicht auch bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt eingetreten sein würde. Ebenso haftet Derjenige, der diese Funktionen für den Geschäftsherrn vertragsmäßig übernahm. Die Haftung des Geschäftsherrn wird im Falle einer solchen Substitution nicht aufgehoben. Es tritt Gesammthaftung ein (840, Abs. 1). Der Substitut hat keinen Regreß gegen den Geschäftsherrn, der Geschäftsherr aber gegen den Substituten. Der Geschäftsherr oder sein Substitut hat den Beweis der Nichtschuld und den Beweis, daß der Schaden trotzdem eingetreten sein würde, zu führen (Mangel des ursächlichen Zusammenhanges).

B. Diejenigen, welche kraft Gesetzes die Aufsicht über die der Aufsicht bedürftigen Personen (Minderjährige, Geisteskranke und Geistesschwache, körperlich Kranke oder Gebrechliche) zu führen haben, z. B. Eltern[2], Vormünder[3], Pfleger[4], Lehrer, Meister, Dienstherr ꝛc., haften bei Vernachlässigung der Aufsicht für den Schaden, den die zu beaufsichtigenden Personen Anderen widerrechtlich zufügen.

Der Aufsichtspflichtige hat den Entschuldigungsbeweis zu führen, daß er seiner Aufsichtspflicht genügt hat, bez. daß der Schaden auch trotz der Aufsicht eingetreten sein würde. Neben dem Aufsichtspflichtigen haftet in derselben Weise, wer durch Vertrag mit dem Haftpflichtigen die Aufsicht übernommen hat (Erzieher, Krankenwärter ꝛc.), nicht also der gesetzliche Vertreter (832).

Liegt Haftung aus unerlaubter Handlung des Beaufsichtigten vor, so tritt Gesammthaftung ein (840, Abs. 1). Der vom Verletzten in Anspruch genommene Beaufsichtigte hat keinen Regreß gegen den Aufsichtspflichtigen, wohl aber dieser gegen jenen. Ist der Beaufsichtigte nur nach 829 haftbar, so ist dem Verletzten der Aufsichtspflichtige in erster Linie ersatzpflichtig, der Beaufsichtigte erst in zweiter Linie

vgl. Bd. I, § 127. Es besteht nach 831 keine Haftung des Vertretenen für den gesetzlichen Vertreter.

[1] EG., Art. 85, Abs. 2.

[2] 1631. 1686.

[3] 1800. 1897.

[4] 1915.

Digitized by Google

Schuld des Thäters; letzterer hat den Beweis zu führen, daß er ohne Schuld in diesen Zustand gerathen ist. Nur wenn ihm dieser Beweis gelingt, haftet er als Unzurechnungsfähiger nach 829 (Bd. I, § 142, IV. A. D.). In anderen Fällen weicht das Gesetz durch die Regulirung der Beweislast vom Verschuldungsprinzip ab, indem nicht der Verletzte den Beweis der Schuld, sondern der Verpflichtete den Beweis der Nichtschuld führen muß (I. A. B., II. A., III.).

Verlassen ist das Verschuldungsprinzip bei der Haftung trotz fehlender Verantwortlichkeit (Bd. I, § 142. IV, D.), bei der Haftung ohne Schuld für Thier- und Wildschaden (II.). An diese schließen sich eine Reihe schon erörterter Fälle der Haftung ohne Schuld und der Haftung trotz Mangels der Widerrechtlichkeit an (31. 86. 89. 122. 228. 904. 231. 278. 867. 962. 795, Abs. 3. 179. 701). Weiter gehören die Vorschriften der CPO. §§ 89. 302. 600. 717. 945 und des Reichshaftpflichtgesetzes vom 7. Juni 1871 (EG. Art. 42)[1] hierher[2]. Alle diese Ausdehnungen der Schadensersatzpflicht hat man unter einem gemeinsamen Gesichtspunkt zu vereinigen gesucht. Bezeichnet man diese Fälle als Quasidelikte, so ist damit nicht mehr gesagt, als daß die Analogie der Vorschriften für die unerlaubten Handlungen eingreift. Andere sehen die besonderen Fälle als Ausfluß des Verursachungs- oder Veranlassungsprinzipes an oder stellen sie unter das Prinzip des aktiven Interesses (A. Merkel), welches besagt, daß Jeder den Schaden ersetzen müsse, den er durch bewußtes Geltendmachen seiner Interessen einem Andern zugefügt, soweit die Verletzung fremden Interesses generell vorauszusehen war. Auch das Prinzip (Unger), daß Jeder sein eigenes Interesse nur auf eigene Gefahr geltend machen könne, ist herangezogen worden, oder die Fälle erscheinen als Gefährdungshaftung (M. Rümelin), d. h. Jeder, der ein gefährdendes Verhalten beobachtet, muß auch den daraus entstehenden Schaden tragen. Diese allgemeinen Prinzipien decken sich aber nicht mit dem Inhalte des positiven Rechtes, sie führen viel weiter als dieses. Man wird daher zunächst bei den einzelnen Fällen stehenbleiben müssen[3].

I. Die Schadensersatzpflicht für fremde Handlungen (831)[4].

---

[1] Mandry-Geib, § 49. v. Rutz, Bl. f. Rechtsanwendung, Jahrg. 64 (1899), S. 1 ff. 41 ff. 81 ff.

[2] Ueber den Fall ungerechtfertigten Arrestes vgl. Henrici, Gruch. Beitr., Bd. 42 (1898), S. 625 ff.

[3] Vgl. bes. Stammler, a. a. O., S. 112 ff.

[4] Vgl. 31. 164 ff. 611 ff. 710 ff. Die strengere Haftung der Gastwirthe,

Digitized by Google

A. Der Geschäftsherr (Auftraggeber, Dienstherr[1], Besteller, Unternehmer, Gesellschafter) haftet für den Schaden, den Diejenigen, die er zu einer Verrichtung (thatsächlichen oder rechtsgeschäftlichen Charakters) bestellt hat, in Ausführung (nicht bei Gelegenheit) derselben Anderen widerrechtlich zufügen, vorausgesetzt, daß den Geschäftsherrn eine Schuld bei der Auswahl der Bestellten, bei der Aufsicht, bei der Beschaffung der Vorrichtungen und Geräthschaften trifft, und vorausgesetzt, daß der Schaden nicht auch bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt eingetreten sein würde. Ebenso haftet Derjenige, der diese Funktionen für den Geschäftsherrn vertragsmäßig übernahm. Die Haftung des Geschäftsherrn wird im Falle einer solchen Substitution nicht aufgehoben. Es tritt Gesammthaftung ein (840, Abs. 1). Der Substitut hat keinen Regreß gegen den Geschäftsherrn, der Geschäftsherr aber gegen den Substituten. Der Geschäftsherr oder sein Substitut hat den Beweis der Nichtschuld und den Beweis, daß der Schaden trotzdem eingetreten sein würde, zu führen (Mangel des ursächlichen Zusammenhanges).

B. Diejenigen, welche kraft Gesetzes die Aufsicht über die der Aufsicht bedürftigen Personen (Minderjährige, Geisteskranke und Geistesschwache, körperlich Kranke oder Gebrechliche) zu führen haben, z. B. Eltern[2], Vormünder[3], Pfleger[4], Lehrer, Meister, Dienstherr ꝛc., haften bei Vernachlässigung der Aufsicht für den Schaden, den die zu beaufsichtigenden Personen Anderen widerrechtlich zufügen.

Der Aufsichtspflichtige hat den Entschuldigungsbeweis zu führen, daß er seiner Aufsichtspflicht genügt hat, bez. daß der Schaden auch trotz der Aufsicht eingetreten sein würde. Neben dem Aufsichtspflichtigen haftet in derselben Weise, wer durch Vertrag mit dem Haftpflichtigen die Aufsicht übernommen hat (Erzieher, Krankenwärter ꝛc.), nicht also der gesetzliche Vertreter (832).

Liegt Haftung aus unerlaubter Handlung des Beaufsichtigten vor, so tritt Gesammthaftung ein (840, Abs. 1). Der vom Verletzten in Anspruch genommene Beaufsichtigte hat keinen Regreß gegen den Aufsichtspflichtigen, wohl aber dieser gegen jenen. Ist der Beaufsichtigte nur nach 829 haftbar, so ist dem Verletzten der Aufsichtspflichtige in erster Linie ersatzpflichtig, der Beaufsichtigte erst in zweiter Linie

vgl. Bd. I, § 127. Es besteht nach 831 keine Haftung des Vertretenen für den gesetzlichen Vertreter.

[1] EG., Art. 85, Abs. 2.

[2] 1631. 1686.

[3] 1800. 1897.

[4] 1915.

Digitized by Google

und beschränkt. Der in Anspruch genommene Aufsichtspflichtige hat keinen Regreß gegen den Beaufsichtigten, wohl aber dieser gegen jenen.

II. Schadensersatzpflicht bei Schädigung durch Thiere (833—835).

A. Die Haftpflicht trifft ohne Rücksicht auf seine Schuld, also auch ohne daß seine Deliktsfähigkeit in Betracht käme[1], Denjenigen, der ein Thier hält, also Eigenthümer, Nießbraucher, Miether, Pächter, kurz jeden unmittelbaren Besitzer, der nicht lediglich im Interesse eines Andern die Herrschaft über das Thier ausübt. Gleichgültig ist, ob es ein Hausthier oder ein wildes Thier ist; die Haftung tritt aber nur ein, wenn durch das Thier eine Tödtung, Körperverletzung, Gesundheitsschädigung oder Sachbeschädigung herbeigeführt ist (833). Die Möglichkeit, sich durch Hingabe des Thieres an den Verletzten zu befreien, besteht nicht mehr. Wer für den Thierhalter die Aufsicht durch Vertrag übernommen hat, hat solchen Thierschaden zu ersetzen, wenn er nicht nachweist, daß er die im Verkehr übliche Sorgfalt bei der Beaufsichtigung beobachtet hat, oder daß der Schaden auch bei Anwendung der Sorgfalt eingetreten wäre (834). Halten Mehrere gemeinschaftlich ein Thier, so haften sie als Gesammtschuldner (840). Haftet der Thierhalter (nach 831) und Derjenige, der die Aufsicht übernahm, so haften sie auch als Gesammtschuldner (840, Abs. 1). In beiden Fällen tritt Regreß nach 426 ein. Ist neben dem Thierhalter oder dem Beaufsichtigenden ein Dritter verantwortlich, z. B. Derjenige, der das Thier hetzt, so haften alle als Gesammtschuldner, der Dritte ist nach Innen allein verpflichtet (840, Abs. 3).

B. Schadensersatzpflicht für Wildschaden (835)[2].

1. Der Schaden muß an einem (beliebigen) Grundstück herbeigeführt sein oder an den getrennten, aber noch nicht eingeernteten Erzeugnissen. Eingeerntet sind z. B. Feldfrüchte, die in Diemen, Miethen, Beimen bis zum Verbrauch oder bis zur Verwerthung zusammengebracht sind.

---

[1] A. M. v. Liszt (1898), S. 107. Wie im Text Oertmann, S. 570. Otto, a. a. O., S. 22. Linckelmann, a. a. O., S. 82. 111.

[2] Schepp, Das öffentl. R. im BGB. S. 62 f. Vgl. EG., Art. 69—72. Das Jagdrecht selbst verbleibt der Landesgesetzgebung. Ebenso die Vorschriften über Feststellung des Wildschadens u. das Verfahren. Vgl. Sachs.-Weim. AG. z. BGB., §§ 74—89. Elsaß-Lothr. AG. z. BGB., §§ 16—36. Bad. Ges. v. 9. Aug. 1898. Braunschweig. AG. z. BGB., §§ 32—37. Württemb. AG. z. BGB., Art. 190—201. Sächs. Ges. v. 28. Mai 1898. Mecklenb.-Schwer. VO. v. 9. April 1899.

Digitized by Google

2. Schadenwild[1] ist nicht alles jagdbare Wild (z. B. nicht Hasen), sondern nur Schwarz-, Roth-, Elch-, Dam-, Rehwild und Fasanen.

3. Den Schadensersatzanspruch hat der nicht jagdberechtigte oder zur Ausübung des Jagdrechtes nicht berechtigte Eigenthümer[2] des Grundstückes, aber auch der Fruchtziehungsberechtigte (Pächter, Nießbraucher). Letzterer würde sonst nur durch Vertrag mit dem Eigenthümer oder nach 823 geschützt sein.

4. Ersatzpflichtig ist der an dem fremden beschädigten Grundstücke Jagdberechtigte, oder der dort zur Ausübung der Jagd Berechtigte. Vielfach kann die Jagd auf einem Grundstücke nur in Gemeinschaft mit dem Jagdrecht auf einem andern Grundstücke ausgeübt werden. Der Eigenthümer kann dann sein Jagdrecht an den Eigenthümer dieses andern Grundstückes verpachten. Ersatzpflichtig ist dann der Jagdpächter[3]. Bestehen zum Zwecke der gemeinschaftlichen Jagdausübung Jagdverbände, so haften je nach der landesgesetzlichen Organisation der Personenverein der Grundstückseigenthümer oder die jagdausübungsberechtigte Gemeinde oder der sonst Jagdberechtigte (Pächter)[4]. Möglich ist aber auch, daß das Landesgesetz die Mehreren zu einem Personenverein nach Art der Gesellschaft vereinigt. Dann haften die einzelnen Gesellschafter, aber abweichend von 840 und 706, nach Verhältniß ihrer Grundstücke, wenn nicht das betreffende Landesgesetz die Art der Haftung anders regelt[5].

Ueber die Haftung Mehrerer vgl. 840, Abs. 3.

Die Schadensersatzpflicht ist von einem Verschulden des Ersatzpflichtigen niemals abhängig[6].

III. Schadensersatzpflicht bei Schädigungen durch Gebäude und ähnliche Werke (836—838).

1. Die in Frage stehenden Schädigungen müssen durch Einsturz eines Gebäudes oder eines andern mit einem Grundstück

[1] EG., Art. 71, Z. 1.

[2] Wo nach Landesrecht zeitlich nicht begrenzte dingliche oder persönliche Nutzungsrechte an Grundstücken (z. B. Erbpachtrecht) bestehen, da tritt an die Stelle des Eigenthümers der Nutzungsberechtigte. EG., Art. 72. 63. 197.

[3] EG., Art. 71, Z. 3.

[4] EG., Art. 71, Z. 6.

[5] EG., Art. 71, Z. 5.

[6] Die strengeren landesrechtlichen Vorschriften, welche die Haftpflicht des Eigenthümers oder Besitzers eines Geheges für den Schaden durch ausgetretenes eingehegtes Wild regeln, bleiben in Kraft, EG., Art. 71, Z. 2. Ueber das landesrechtliche Rückgriffsrecht des Ersatzpflichtigen vgl. EG., Art. 71, Z. 7.

Digitized by Google

verbundenen Werkes (nicht nur eines gemauerten Werkes, sondern z. B. auch eines Turngerüstes) oder durch Ablösung von Theilen dieser herbeigeführt sein.

2. Die Schädigung muß in Tödtung, Körper- oder Gesundheitsbeschädigung eines Menschen oder in Sachbeschädigung bestehen.

3. Einsturz und Ablösung müssen Folge fehlerhafter Errichtung oder mangelhafter Unterhaltung sein.

4. Ersatzpflichtig ist:

a. der Eigenbesitzer (836, Abs. 3. 872) und zwar der unmittelbare und mittelbare[1], weil nur er von dem Zustande des Werkes unterrichtet sein und Abhülfe schaffen kann. Der Besitzer ist frei von Haftung, wenn er beweist, daß er die zum Zwecke der Abwendung der Gefahr im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat[2]. Die Haftung wird also durch den Einwand der Schuldlosigkeit ausgeschlossen. Damit steht das BGB. am Nächsten dem preußischen Recht (Haftung im Falle der Verschuldung). Das bisherige Recht kannte auch noch Haftung ohne Schuld (französ. sächs. R.) oder Haftung nur auf Grund vertragsmäßiger Uebernahme der Ersatzpflicht bei noch drohendem Schaden (cautio damni infecti).

b. Die Schadensersatzpflicht trifft grundsätzlich Denjenigen, der Eigenbesitzer zur Zeit des Unfalles ist. Der Eigenbesitzer wird aber durch Aufgeben des Besitzes nicht schlechthin frei. Er haftet, wenn das schädigende Ereigniß innerhalb eines Jahres nach Beendigung seines Besitzes eintritt, falls er nicht beweist, daß er während seiner Besitzzeit die erforderliche Sorgfalt beobachtet hat, oder daß ein späterer Besitzer durch Beobachtung dieser Sorgfalt die Gefahr hätte abwenden können (836).

c. An Stelle des Eigenbesitzers des Grundstückes haftet wie dieser ein dinglich oder persönlich Berechtigter (Erbbauberechtigter, Servituten-, Ueberbauberechtigter, Pächter), der in Ausübung dieser Rechte auf diesem Grundstücke das Gebäude oder sonstige Werke besitzt. Man wird verlangen müssen, daß Derjenige, der die Berechtigung ausübt, auch wirklich Berechtigter ist (837, vgl. 95)[3]. Hier erscheint dieser Berechtigte als Besitzer.

---

[1] Vgl. gegen Wendt, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 87, S. 69, Strohal, Sachbesitz, S. 43, Note 50.

[2] Eine Verpflichtung zur Reparatur ꝛc. besteht im Allgemeinen nicht (anders Schollmeyer, a. a. O., S. 121), sondern nur beschränkt nach 908.

[3] Endemann I § 202, Note 15. A. M. Cosack I S. 606.

Digitized by Google

d. Neben dem Eigenthümer des Grundstückes haften gleich dem Eigenbesitzer (838)

α. Derjenige, der die Unterhaltung des Gebäudes ꝛc. für den Besitzer irgendwie übernimmt, und

β. Derjenige, den die Unterhaltspflicht kraft eines ihm zustehenden Nutzungsrechtes (Grunddienstbarkeit, Nießbrauch, beschränkte persönliche Dienstbarkeit) trifft. Die Unterhaltspflicht ist dadurch auch Dritten gegenüber indirekt anerkannt.

e. Ueber die Haftung Mehrerer vgl. 840, Abs. 1 und 3.

Digitized by Google

An
(Vgl. Bd. I,

Muster für das

Nach dem Beschluß des Bundesrathes vom 8. November 1898.

Nummer des

1.	2.	3.
Nummer der Eintragung	Name und Sitz des Vereins	Satzung
1.	Concordia, Berlin[1]	Die Satzung ist am 1. Mai 1900 errichtet. Der Vorstand kann Grundstücke nur auf Grund eines Beschlusses der Mitgliederversammlung veräußern. Zur Beschlußfassung des Vorstandes ist Einstimmigkeit erforderlich[2] (Bl. oder Nr. d. A.)[3] 1. Juli Name des
2.		Durch Beschluß der Mitgliederversammlung vom 20. September 1900 sind die Bestimmungen über die Aufnahme neuer Mitglieder geändert[4] (Bl. oder Nr. d. A.)[3] 1. Oktober 1900. Name des Registerführers.
3.		
4.		Nach Beschluß der Mitgliederversammlung vom 25. November 1900 kann der Vorstand Darlehen von mehr als dreihundert Mark nur auf Grund eines Beschlusses der Mitgliederversammlung aufnehmen[2] (Bl. oder Nr. d. A.)[3] 2. Januar 1902. Name des Registerführers.
5.		

[1] Vgl. 57. 64. 71.
[2] Vgl. 28. Abs. 1. 48. Abs. 3. 64. 76. Abs. 1. Satz 2.
[3] Hinweis auf die Stelle der Registeraften, an der die der Eintragung zu Grunde liegende Verfügung sich befindet.

Digitized by Google

Hang.

S. 109, Note 2.)

Vereinsregister.

Centralblatt für das Deutsche Reich, Jahrgang 26, Nr. 47.

Vereinsregisters 1.

4	5.	6.
Vorstand	Auflösung; Entziehung der Rechtsfähigkeit; Konkurs; Liquidatoren	Bemerkungen
Kaufmann Johann Neumann und Fabrikant Heinrich Schmidt, beide in Berlin, Kaufmann Fritz Freudenberg in Charlottenburg[5] (Bl. oder Nr. d. A.)[3] 1900. Registerführers.		(Die Spalte dient zur Berichtigung v. Schreibfehlern und ähnlichen offenbaren Unrichtigkeiten und zu Verweisungen auf andere Eintragungen.)
Johann Neumann ist ausgeschieden; statt seiner ist der Rentner Karl Kohler in Berlin bestellt[5] (Bl. oder d. A.)[3] 1. Oktober 1901. Name des Registerführers.		
	Der Verein ist durch Beschluß der Mitgliederversammlung vom 13. Februar 1902 aufgelöst. Zu Liquidatoren sind bestellt der Kaufm. Hermann Meyer und der Fabrikant Georg Kohn, beide in Berlin[6] (Bl. oder Nr. d. A.)[3] 15. Februar 1902. Name des Registerführers.	

[4] Vgl. 71.
[5] Vgl. 64. 67.
[6] Vgl. 48, Abs. 3. 74. 75. 76.

Digitized by Google

Pierer'sche Hofbuchdruckerei Stephan Geibel & Co. in Altenburg.

Digitized by Google

Digitized by Google

HARVARD LAW LIBRARY

Received MAR 9 1929